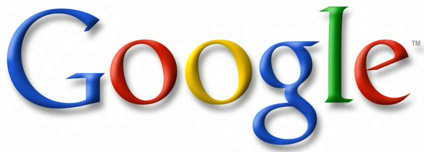


Normax
15

DEN NORSKE PRIVATRETS LÆRE

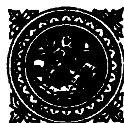
OM

VILDFARELSENS

INDFLYDELSE
PAA RETSHANDLERS GYLDIGHED

VED

N. GJELSVIK
CAND. JUR.



KRISTIANIA
W. C. FABRITIUS & SØNNERS BOGTRYKKERI
1897

For T+
G

Rec. Feb. 4, 1904.

Ved en konkurrance om et ledigt professorat i retsvidenskab ved Kristiania univervitet blev den $^{29}/_{9}$ 1896 af den opnævnte censurkomite, bestaaende af dhrr. professorerne Ingstad, Platou og Scheel samt rigsadvokat Getz og høiesteretsassessor Hagerup Bull, forelagt kandidaterne følgende opgave til besvarelse: «Hvilken indflydelse har efter norsk privatret vildfarelse paa en retshandels gyldighed?»

I denne anledning er nærværende skrift forfattet.

Med hensyn til konkurrancevilkaarene merkes, at der gaves en frist paa 5 maaneder til forfattelse og trykning af nærværende besvarelse samt til udarbeidelse og trykning af et skrift over et selvvalgt emne. Det ene skrift skulde leveres i trykt stand en maaned tidligere end det andet.

INDHOLD.

KAPITEL I.

Side.

Indledning.

KAPITEL II.

Vildfarelsens indflydelse paa retshandlers gyldighed i negativ retning (vildfarelsens negative funktion).

I. Indflydelsen af vildfarelse i motiverne (ægte vildfarelse) paa gyldigheden af obligatoriske formueretshandler inter vivos.

II. Uægte vildfarelses indflydelse paa obligatoriske formueretshandler inter vivos.



Trykfeil og rettelser.

Side 13 linje 1 f. n.:	pater familias	istedetfor:	paterfamilias
— 20 — 4 f. o.:	Ægteskabsindgaaelse	—	ægteskabsindgaaelse
— 28 — 2 f. o.:	formuesretshandler	—	formueretshandler
— 28 — 4 f. o.:	retslære	—	rets lære
— 55 note 1 linje 4 f. o.:	obstrakt	—	abstrakt
— 57 — 3 -- 7 f. o.:	in tradition	—	en tradition
— 68 — 2 — 1 f. o.:	D. v. l.	—	D. v. s.,
— 77 linje 12 f. n.:	anomoli	—	anomali
— 80 — 15 f. n.:	styrke,	—	styrke
— 84 — 18 f. o.:	afsnit II	—	afsnit I
— 85 — 11 f. o.:	fra	—	for
— 86 — 6 f. o.:	viljetheoriens	—	viljestheoriens
— 89 — 2 f. o.:	retshandelsmodtageren	—	retshandelsgiveren
— 98 — 20 f. o.:	dverdragelsesretshandel	—	overdragelsesretshandel
— 106 — 8 f. o.:	man faar.	—	man faar eller giver.
— 110 note 3 linje 2 f. n.:	deres øiemed	—	dens øiemed
— 117 linje 4 f. n.:	forundsætningen	—	forudsætningen
— 117 — 17 f. n.:	gjælde	—	gjelde
— 123 — 9 f. o.:	IV.	—	V.
— I24 — 17 f. n.:	«I» gaar ud.		
— 124 note 1 linje 1 f. o.:	Her skal	—	[1] Her skal
— 126 linje 25 f. o.	indskydes «godtroende» mellem «retshandelsmodtagers» og «singularsukcessor».		

Det bemerkes, at disse rettelser ikke er indtagne i de censurkomiteen forelagte eksemplarer.

KAPITEL I.

Indledning.

§ I. Almindelige bemerkninger.

I. At tage feil er menneskeligt — det er en sætning som ved behandlingen af dette emne uvilkaarlig falder en i pennen. Den formodning ligger nemlig nær, at retsordenen ikke kan lade være til en vis grad at tage hensyn til vildfarelsen, naar den er en saa hyppig forekomst i livet, at et ordsprog som det nævnte har kunnet danne sig, og det ikke blot i vort sprog, men ogsaa i andre (humanum est errare, Irren ist menschlich). Og i virkeligheden, man vil endog ved en flygtig eftertanke finde, at vildfarelse kan være, af betydning i de forskjellige dele af retssystemet.

At saaledes vildfarelsen i strafferetten spiller en stor rolle følger af dens væsen. Dens opgave er at tugte den retsstridige vilje, naar den paa en nærmere bestemt maade er lagt for dagen. Men nu kan en kjendsgjerning foreligge, der fylder lovens maal for en retsstridig viljes ydre konstatering, og dog kan in concreto den retsstridige vilje mangle paa grund af, at den ydre kjendsgjerning bunder i vildfarelse. Forsætlig forbrydelse vil saaledes ikke foreligge, naar man mangler bevidsthed om nogen faktisk forudsætning — for kun at nævne et uomtvistet tilfælde — for handlingens retsstridighed. Handlingens strafbarhed som forsætlig handling udelukkes dermed ved vildfarelse. Uagtsom forbrydelse udelukkes paa samme maade ved undskyldelig vildfarelse.

I processen vil vi finde, at undskyldelig uvidenhed udelukker f. eks. eventualmaximen fra at virke.[1]

[1] Hagerup: Civilproces I side 325 og 399.

I flere privatretslige lovsteder finder vi, at god tro er tillagt indflydelse. Men dens grundlag er vildfarelse. Se saaledes f. eks. lov om forsvundne og andre fraværende personer af $^{12}/_{10}$ 1857 § 27, vekselloveus § 76 og sjølovens §§ 11, 56, 165, 166, 168, 235 og 266. Nogle lovsteder nævner vistnok ikke udtrykkelig god tro som relevant kjendsgjerning, men efter den sedvansmæssige fortolkning er dette moment nødvendigt for at den i lovstedet omhandlede retsvirkning skal indtræde. Dette er f. eks. tilfældet med n. l. 5—5—3 og 6.

I andre lovsteder nævnes kundskab som relevant kjendsgjerning, men det vil jo sige, at vildfarelse, der udelukker kundskaben [1], faar betydning. Se saaledes lov om ægtefellers formuesforhold af $^{29}/_{6}$ 1888 §§ 10 og 21, sjølovens §§ 25, 73 og 236 og lov angaaende forandringer i haandverkslovgivningen af $^{15}/_{6}$ 1881 § 15.

Efter disse iflæng nævnte eksempler — som lettelig kan forfleres — paa vildfarelsens relevans maa vi være berettiget til ogsaa for norsk rets vedkommende [2] at sige, at vildfarelse er en af de hyppigst forekommende retslig relevante kjendsgjerninger. Dette maa vi end mere være berettiget at sige, naar vi tager hensyn til det store antal tilfælde, hvor ifølge almindelige grundsætninger i vor ret god tro begrunder et retserhverv, som ond tro vilde udelukke (jfr. nedenfor under kapitel III).

II. Ikke blot for subjektive rettigheders opstaaen eller ikke-opstaaen kan vildfarelse have betydning, men ogsaa ofte for begrundelse af objektiv ret. Her tænkes paa sedvaneretten, som ikke sjelden har vildfarelse at takke for sin eksistens. Misforstaaelse af de skrevne retskilder og falsk analogi kan saaledes ofte gaa i svang saa længe, at de faar sedvansmæssig gyldighed (usuel fortolkning) [3].

III. Saa vidt det feldt er, som vildfarelsen omspænder, saa omtvistede er mange af de herhenhørende emner, og det ikke blot paa civilrettens mark.

Hvad nu særskilt vort emne angaar — vildfarelsens indflydelse paa retshandlers gyldighed i privatretten — saa er det et af de mest omtvistede emner indenfor denne del af systemet. Især gjelder dette den del af emnet, der nedenfor behandles under vildfarelsens negative funktion. Og er det i theori eller praksis et rigtigt intrikat

[1] Hermed skal ikke være sagt, at ikke herhenhørende lovsteder efter omstændighederne bør fortolkes saa, at den, der burde have, ligestilles med den, der havde kundskab.

[2] Se for «gemeines Recht» Dernburg: Pandekten I § 87.

[3] Jfr. Otto Gierke: Deutsches Privatrecht I s. 168.

spørgsmaal, ligeoverfor hvilket vi staar som skaarfaste — for at benytte et for tanken adækvat udtryk fra folkemaalet — saa hører gjerne samme spørgsmaal hid, enten direkte eller indirekte.

IV. Tænker vi os 2 kontraherende parter ligeoverfor hinanden og retshandelsgiveren[1] gjør sig skyldig i en for ham væsentlig vildfarelse, saa har han interesse af, at retshandelen er uforbindende, den anden part — retshandelsmodtageren —, der forudsættes i god tro, har interesse af, at den opretholdes. Her foreligger altsaa en interessekollision, og hvorledes den bedst skal løses, saaledes at retfærdighed og billighed sker fyldest, paa samme tid som samhandelens sikkerhed ikke svækkes, og spekulation paa den anden parts bekostning (risiko) udelukkes, det er et for lovgiveren vanskeligt problem, om han vil forsøge paa at løse det. Og ingen lovgivning har hidtil været istand til at opstille almindelige regler, der bringer løsningen.

Og for videnskaben er det ligesaa vanskeligt at opstille en lære om emnet, hvor loven som hos os — her tænkes paa vildfarelsens negative funktion[2] — vi kan uden stor unøiagtighed sige ganske tier.

Det er derfor ikke underligt, at vi føler os som paa gyngende grund, naar vi skal forsøge paa at give en fremstilling af den norske rets lære herom, og det saa meget mere som vi saa at sige ved hvert trin paa den vei, vi har at gaa for overhovedet at komme frem til et resultat, støder paa omtvistede og omtvistelige sætninger.

Den samme følelse har antagelig ogsaa romanisterne, naar de skal behandle det tilsvarende emne. Vistnok har de en mængde kildesteder i corpus juris, der angaar eller ialfald streifer emnet, men dermed er ikke løsningen given, da næsten hver positiv bestemmelse avler nye tvil. Den romanistiske lære om emnet maa derfor endnu betragtes som uferdig[3]. Om man ikke vidste det af andet, saa havde man et temmelig tilforladeligt indicium derpaa i den forkjærlighed, hvormed de juridiske aander netop vælger dette feldt for sine undersøgelser. Derfor maa det heller ikke forundre, at man — næst besiddelseslæren og maaske skadeserstatningslæren — vistnok ikke kan nævne noget privatretsligt emne, hvor den romanistiske litteratur har antaget et saa imponerende — vi kunde fristes at tilføie: uhyggeligt — omfang som i vort emne.

[1] I dette skrift benyttes udtrykkene retshandelsgiver og retshandelsmodtager for de af danske forfattere benyttede udtryk løftegiver og løftemodtager, der selv indenfor obligationsretten er for trange.

[2] Se § 3.

[3] Jfr. Bekker: System des heutigen Pandektenrechts II s. 27.

V. Saa en sproglig bemerkning. Vildfarelse er egentlig et fælt ord og med de andre ord paa -else deler det den skjæbne ikke at udmerke sig ved synderlig norskhed. Vore jurister er imidlertid saa vante til ordet, at det vistnok vilde klinge fremmed, om man istedet vilde benytte det tilsvarende norske ord: mistak.

VI. For at bestemme, hvad der gaar ind under opgaven, skal i dette indledende kapitel gjøres nogle bemerkninger om begrebet retshandel samt dens vigtigste arter i privatretten (§ 2). Desuden en udgreiing af forskjellen mellem vildfarelsens affirmative og negative funktion (§ 3) og mellem ægte og uægte vildfarelse (§ 4). I § 5 omhandles bl. a. det spørgsmaal, om retsvildfarelse med hensyn til virkning kan ligestilles med faktisk vildfarelse. I § 6 tages stilling til det af romanisterne saa ventilerede spørgsmaal om forholdet mellem viljen og retseffekten. Hertil føies i § 7 en oversigt over en del af den litteratur, der angaar vort emne.

§ 2. Nogle bemerkninger om begrebet retshandel[1] samt de vigtigste hovedarter retshandler i privatretten[2].

I. Det er ikke meningen her at foretage nogen indgaaende undersøgelse af begrebet privat retshandel. Det vilde føre for vidt. Dog maa det gjøres nogle bemerkninger derom, samt gives en oversigt over de hyppigst forekommende arter retshandler paa privatrettens feldt. Det er nødvendigt til bestemmelse af det omraade, opgaven omspænder.

II. Man sondrer mellem retslig irrelevante[3] (f. eks. et besøg) og retslig relevante kjendsgjerninger (f. eks. et menneskes fødsel eller død).

[1] Med ordet retshandel gaar det som med saa mange andre nyere opfindelser som telefon, telegraf etc. Forekommer os saa uundværlige, at vi knapt kan forstaa, hvorledes man nogensinde kan have greiet sig uden. Med hensyn til ordets oprindelse og alder bemerkes, at det er en oversættelse af det tyske ord Rechtsgeschäft, der iflg. Regelsbergers Pandekten I § 135 note 1, hvor Schlossmann igjen citeres som hjemmelsmand, først skal være brugt af Hugo i hans Pandektlærebog, 3dje oplag 1805. Romerne havde udtrykket negotium, der dog ikke dækkede ordet retshandel, idet det dels var videre, dels snevrere (omfattede ikke gaver). Se forøvrigt Regelsberger l. c. og Dernburg: Pandekten I § 91 n. 3 og 4.

[2] Jfr. med det følgende især Regelsberger: Pandekten I §§ 135 og 137, Windscheid: Pandekten § 69, særlig note 1 og Zitelmann: Irrtum und Rechtsgeschäft s. 199 flg.

[3] Herhen hører ogsaa kjendsgjerninger, der kun har politisk betydning.

De retslig relevante kjendsgjerninger er dels menneskelige handlinger (f. eks. udnævnelsen af en embedsmand), dels andre kjendsgjerninger. Nu er alle enige om, at retshandelen er at henføre til de retslig relevante menneskelige handlinger, men man er ogsaa enig om, at retshandelsbegrebet maa bestemmes meget trangere end dette begreb.

Først udskilles handlinger af en offentlig myndighed som saadan. Hermed falder udenfor retshandelsbegrebet forvaltningsakter, dømmende afgjørelser og handlinger, der er udflod af jurisdiktio voluntaria (f. eks. brudevielse, konfirmation paa et testament og notarius publicus's bistand ved oprettelse af et testament).

Dernæst udskilles handlinger, der er udstyret med retsfølge, fordi de er retsstridige, og det selv om de foretages i den hensigt at frembringe den til dem knyttede retsvirkning (f. eks. tyveri i den hensigt at komme paa strafanstalten).

Ligeledes udskilles handlinger, der vel er tilladte, men kun mod at give skadeserstatning for den ved dem opstaaede skade, og hvis retsfølge (skadeserstatningspligt) ikke er ønsket (f. eks. nødstilstandshandlinger, expropriationer, oprettelse af farlige fabriker, hvorved skade uden skyld forvoldes, etc.).

Tilbage blir nu retslig relevante retmæssige private handlinger med ikke uønsket retsfølge. Herunder gaar ikke blot handlinger som indgaaelse af et leieforhold, okkupation, dereliktion, men ogsaa saadanne som fund af skat, frembringelse af aandsprodukter (f. eks. forfattelse af et digterverk), den godtroende besidders oppebørsel af tingens frugter og specifikation i god tro.

Spørgsmaalet bliver da, om retshandelsbegrebet skal bestemmes saa vidt, at det omfatter alle disse handlinger. Da udtrykket retshandel ikke er et legalt, men et systemudtryk, vil spørgsmaalets besvarelse afhænge af, hvorvidt begrebet taget saa omfattende faar nogen væsentlig juridisk interesse, eller om det faar større juridisk interesse, om det fastsættes snevrere.

Herom kan der strides, og der er virkelig dem, som har bestemt retshandelsbegrebet saa vidt, at de omfatter alle de nævnte handlinger [1]. I almindelighed bestemmer man det dog snevrere. De handlinger af ovennævnte art, som da ikke gaar ind under det saaledes opstillede retshandelsbegreb har Regelsberger [2] kaldt retshandelslignende handlinger. Selv de, som er enige om, at en sondring maa foretages, er ingenlunde enige om, hvor grænselinjen mellem retshandler og retshandelslignende handlinger skal drages.

[1] Saaledes f. eks. Kohler i Iherings Jahrbücher bd. 16 s. 333 flg.

[2] Pandekten I, § 129, IV, 3, b.

Her hvor det kun gjelder at fastsætte begrebet retshandel for at finde opgavens begrænsning, skal der ikke gaaes ind paa disse stridsspørgsmaal. Her skal kun paapeges, at retshandelsbegrebet synes paa den ene side ikke at burde strækkes saa vidt, at det omfatter specifikation og frugtoppebørsel efter lovbogens 5—5—6, da der her kun handles om praktiske virksomheder, hvortil der er knyttede retsvirkninger. Her tænker jo ikke et menneske paa, at der frembringes nogen retsvirkning, ligesaa lidet som naar man arbeider en slæde af egne materialer eller tager op poteter af sin egen aker.

Det samme gjelder frembringelse af aandsprodukter.

Paa den anden side bør okkupation og dereliktion regnes for retshandler.

Enten man er enig heri eller ikke, har for vort emne ikke nogen synderlig betydning. Det væsentlige, som er at sige om vildfarelsens indflydelse paa disse 2 juridiske kjendsgjerningers gyldighed, kan nemlig siges med nogle faa ord.

Som det fremgaar heraf, er det ikke ganske nøiagtigt at bestemme retshandelen som en viljeserklæring, ialfald ikke om man tager dette ord strengt. Som fremholdt kan realakter som okkupation og dereliktion ogsaa være retshandler, men det vilde være tvungent at kalde dem viljeserklæringer. Desuden kan en retshandel ved siden af en viljeserklæring indeholde en realakt (f. eks. betaling, tradition).

I henhold hertil kan retshandelen bestemmes som frembringelse af retsfølge ved en derpaa rettet retmæssig privat handling. Vi siger frembringelse af retsfølge, thi en retshandel foreligger ikke blot ved forsøg paa at frembringe saadan følge[1]. Optræden i retshandels øiemed (retshandelsoptræden) kan ogsaa have sine eiendommelige virkninger, hvad der ved leilighed senere skal paapeges, men hermed foreligger dog ingen retshandel.

Derfor er de almindelige definitioner af retshandel som en viljeserklæring, der er rettet paa og af retsordenen tillagt evne til at frembringe retsvirkning (eller: en viljeserklæring til ordning af den erklærendes[2] retsforhold) ikke ganske nøiagtige. Men ogsaa de, som definerer retshandel paa denne maade, mener sedvanlig det samme, som her udviklet[3].

[1] Jfr. Zitelmann l. c. s. 288: Rechtsgeschäft ist die Schaffung einer Rechtsfolge durch darauf gerichtete Willenserklärung.

[2] «En retshandel kan ogsaa være rettet paa bestemmelsen af en trediemands retsforhold, som f. eks. naar en ikke testator tilhørende ting legeres.» Windscheid l. c.

[3] Se saaledes Dernburg: Pandekten I § 91.

III. Det er nu almindeligt at sondre mellem offentlig og privat ret paa den maade, at til den offentlige ret henregnes foruden statsret (forvaltnings- og forfatningsret) og folkeret ogsaa strafferet og proces. Forsaavidt man vil henregne forskjellige viljesytringer indenfor den offentlige rets omraade til retshandler (og hvorfor ikke, dersom de forøvrigt indeholder alle en retshandels begrebsmomenter, f. eks. statstraktater, vedtagelse af en dom, erklæring om anke etc.), saa ligger dog disse retshandler udenfor vort emne. Hermed skal ikke være sagt, at de regler, der i det følgende skal udvikles om vildfarelsens indflydelse paa de private retshandler, ikke kommer til anvendelse paa disse retshandler. Tænker vi f. eks. paa egen tilstaaelse og forlig i en civil retssag, saa er det klart at herom gjelder, hvad der læres om egen tilstaaelse og forlig udenfor proces, forsaavidt ikke særskilte processuelle regler heri medfører nogen modifikation.

Til den private ret hører i henhold til den anførte bestemmelse af den offentlige rets omfang formueret med den ideelle produktionsret, arveret og familjeret. Det er altsaa vildfarelsens indflydelse paa retshandlers gyldighed indenfor dette omraade, der skal behandles.

IV. Med hensyn til retshandlers inddeling i privatretten kommer forskjellige inddelingsprinciper til anvendelse. Man sondrer mellem formueretshandler og familjeretshandler, eftersom deres gjenstand er et formuesforhold eller familjeforhold.

Formueretshandlerne deles i retshandler inter vivos og mortis causa, eftersom deres øiemed er retshandelsgiverens udnyttelse af formuen i levende live eller kun gaar ud paa at bestemme, hvorledes der skal forholdes med formuen efter hans død[1].

Man sondrer videre mellem obligatoriske og tinglige retshandler. Inddelingsprincipet er her dels den ved retshandelen frembragte rettigheds art, dels arten af den rettighed, der er retshandelens gjenstand. Alle retshandler angaaende obligatoriske rettigheder er obligatoriske. Saaledes ikke mindre o v e r d r a g e l s e af en obligatorisk ret end indgaaelse af f o r p l i g t e l s e til at o v e r d r a g e en saadan.

Retshandler angaaende tinglige rettigheder er tinglige kun forsaavidt den tinglige ret ved dem endelig overdrages, ikke blot hjemler en forpligtelse til overdragelse. Da retshandler, hvorved en obligatorisk rettighed overdrages med hensyn til beskyttelse ligeoverfor overdragerens dispositioner og kreditorer, følger samme regler som

[1] Den nærmere bestemmelse af grænselinjen mellem retshandler inter vivos og mortis causa opsættes til afsnittet om vildfarelsens indflydelse paa de sidste, hvor drøftelsen heraf har umiddelbar interesse.

retshandler, hvorved tinglige rettigheder overdrages, har sondringen mellem obligatoriske og tinglige retshandler, bestemt paa den ovennævnte maade, ikke den juridiske interesse som sondringen mellem overdragelsesretshandler[1] (ɔ: retshandler, hvorved en tinglig eller obligatorisk rettighed eller ideel produktionsret overdrages) og forpligtelsesretshandler, der gaar ud paa at begrunde en pligt til at overdrage[2]. Ogsaa med hensyn til vort emne har denne sondring størst interesse, da spørgsmaalet, om overdragelsesretshandelen paavirkes af vildfarelse, der ikke direkte angaar den selv, men kun dens grund (ɔ: spørgsmaalet, om overdragelsesretshandelen er abstrakt eller kausal), ikke mindre opstaar ved overdragelse af obligatoriske end af tinglige rettigheder.

Man sondrer videre mellem ensidige og tosidige retshandler, eftersom den bestaar af én enkelt persons handling (viljeserklæring) eller af 2 eller flere personers samstemmende handlinger (viljeserklæringer). Interesse for vort emne har ogsaa delingen af de ensidige retshandler i saadanne, der, som det udtrykkes i den tyske borgerlige lovbog[3], er at afgive ligeoverfor en anden, og saadanne, som dette ikke er tilfældet med. De første har Zitelmann[4] kaldt «empfangsbedürftige Rechtsgeschäfte»[5]. Herhen hører f. eks. kontraktstilbud, opsigelse, paakrav etc. Til de ikke «empfangsbedürftige Rechtsgeschäfte» hører f. eks. tiltrædelse af arv, okkupation og dereliktion.

[1] Her benyttes for nemheds skyld betegnelsen overdragelsesretshandler, skjønt den ikke dækker sin gjenstand. Man kan nemlig paa samme maade sondre mellem retshandler, hvorved en rettighed endelig forandres eller bringes til ophør, og saadanne, der begrunder en pligt til at foretage forandringen eller ophørsakten. Betegnelsen overdragelsesretshandel tages i saa omfattende betydning, at derunder gaar alle retshandler, hvorved en rettighed overdrages, forandres eller bringes til ophør, medens forpligtelses (eller obligatoriske, se note [2]) retshandler omfatter alle retshandler, der begrunder den tilsvarende pligt til at foretage overdragelsesretshandelen.

[2] Jfr. Torp: Formuerettens alm. del s. 50—51.
De sidste retshandler kan gjerne for bekvemheds skyld kaldes obligatoriske og det navn vil ogsaa i det følgende blive benyttet i den her forklarede betydning.

[3] Se f. eks. § 122.

[4] Se Bekker og Fischers Beiträge zur Erläuterung und Beurtheilung des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuchs, VII og VIII s. 23.

[5] Navnet synes træffende, men hvorledes skal det kunne overføres til vort skriftsprog? «Modtagelsesbehøvende» synes noget tungvint. Et rigtig norsk udtryk som «modtakingsturvende» (ɔ: som tarv (ɔ: behøver) modtagelse) vilde være bedre.

§ 3. Vildfarelsens affirmative og negative funktion.

Vilfarelse eller vildfarelse af en vis art kan efter den positive ret høre med til en retsstiftende kjendsgjernings begrebsmomenter. Mangler da vildfarelsen erholder kjendsgjerningen ingen retsstiftende evne. Vildfarelsen har isaafald indflydelse i affirmativ — bekræftende — retning (vildfarelsens affirmative funktion).

Denne rolle spiller efter norsk ret f. eks. hævderens undskyldelige vildfarelse (begrundede gode tro) ved den ordinære hævd.

Paa den anden side kan det negative krav[1]: frihed for vildfarelse eller vildfarelse af en vis art — høre med til en retsstiftende kjendsgjernings indhold. Kommer i slige tilfælde den art vildfarelse, der skulde have været borte, til, vil kjendsgjerningen enten ikke erholde nogen retsstiftende evne eller tabe sin retsstiftende evne, naar den vildfarende gjør paastand derpaa.

Vildfarelsen har isaafald indflydelse i negativ — afkræftende — retning (vildfarelsens negative funktion). Saaledes vil en handling, der indeholder et civilt retsbruds alle objektive momenter, ikke medføre et civilt retsbruds følge, skadeserstatningspligt, naar handlingen er begaaet i undskyldelig vildfarelse om dens egenskab af objektivt retsbrud.

Her er nævnt som eksempler 2 retsstiftende kjendsgjerninger. Ved den første, hævden, virker vildfarelsen, forsaavidt den overhovedet har indflydelse, altid i affirmativ retning, ved den sidste, det civile retsbrud, derimod altid i negativ retning.

Imidlertid gives der retsstiftende kjendsgjerninger, ved hvilke vildfarelsen snart kan virke i den ene, snart i den anden retning. Eksempel herpaa har vi i den forsætlige forbrydelse. En saadan forbrydelses gjerningsindhold fyldes ikke, naar den handlende nærer den feilagtige tro, at en faktisk omstændighed, der betinger en handlings objektive retsstridighed, ikke er tilstede. Her virker vildfarelsen, som vi ser, i negativ retning. Forudsætter derimod den handlende feilagtig, at en faktisk omstændighed, der hører med til den fuldendte forbrydelses gjerningsindhold, er tilstede, vil han blive at straffe for forsøg. Tænkes her vildfarelsen borte, vilde handlingen være straffri[2]. Her virker vildfarelsen altsaa i affirmativ retning.

[1] Her siges: «Det negative krav» for at faa frem den side, det her gjelder. Hermed menes selvfølgelig ikke, at det negative krav: Frihed for vildfarelse er noget andet end det positive krav: Kundskab.

[2] En kvinde anvender f. eks. fosterfordrivende midler i den feilagtige tro, at hun er svanger. Jfr. Schweigaards kommentar I side 155 (andet oplag).

Som det vil fremgaa af den følgende fremstilling, kan vildfarelsens indflydelse paa en retshandels gyldighed ogsaa gaa i denne dobbelte retning, nemlig:

a) i affirmativ retning, saaledes at en retshandel ved vildfarelsen opnaar en gyldighed, som ellers ikke vilde have tilkommet den. Saaledes vil kjøberens gode tro, naar han har kjøbt en ting af nogen, der f. eks. ifølge en fiduciaretshandel staar som dispositionsberettiget ligeoverfor tredjemand, gjøre kjøbet uangribeligt,

b) i negativ retning, saaledes at en retshandel, som ellers vilde have været gyldig, ved vildfarelsen blir ugyldig, f. eks. betaling af ikke-skyld paa grund af vildfarelse [1].

[1] Zitelmann: Irrtum und Rechtsgeschäft side 343 flg. og efter ham Regelsberger: Pandekten I side 470 (jfr. ogsaa Savigny: System III § 135 note b) har sondringen mellem vildfarelsens positive og negative funktion. Denne sondring kunde fra den sproglige side seet falde sammen med den i teksten forsøgte sondring mellem vildfarelsens affirmative og negative funktion. Dette er dog ikke tilfældet. De nævnte forfattere henregner saaledes, for kun at nævne for kortheds skyld et eksempel, krav paa tilbageerholdelse af en paa grund af vildfarelse erlagt betaling af ikke-skyld til vildfarelsens positive funktion. Tanken er, at vildfarelsen her skal begrunde et krav, som ikke ellers vilde have opstaaet. Dette kan være rigtigt paa den maade, at kravet paa at erholde tilbage det urettelig erlagte, ikke vilde have opstaaet, dersom ikke betalingen havde grundet sig paa vildfarelse, men NB kun fordi betalingsretshandelen paa grund af vildfarelsen ikke beholder sin evne til at begrunde formueovergangen (den afkræftes). Derfor synes den af Zitelmann opstillede sondring ikke god. Dette fremgaar maaske klarere ved følgende argument: Konsekvensen af den bestridte opfatning vilde være, at befrielsessøgsmaal til fastslaaelse af ikke-tilværelsen af en paa grund af vildfarelse overtagen gjeldsforpligtelse — condictio indebiti per errorem promissi — maatte opfattes som udflod af vildfarelsens positive funktion. Heraf vilde, da det jo ikke kommer an paa, hvem der tilfældigvis har rollen som sagsøger, videre følge, at *exceptio* indebiti per errorem promissi ogsaa maatte være udslag af vildfarelsens positive funktion. Herimod indvendes som ovenfor: Det er vistnok sandt, at vildfarelsen begrunder indsigelsen, men alene fordi den afkræfter den retshandel, paa hvilken sagsøgeren grunder sit krav. Naar man alligevel har henført condictio indebiti til vildfarelsens positive funktion, er det for at lægge til rette for sig, at vindikation af en betalt ikke-skyld er udelukket. Retshandelen er altsaa, siger man, gyldig, men ved siden heraf begrunder vildfarelsen en ret, som ellers ikke vilde opstaaet, den obligatoriske tilbagesøgningsret. Men dette er at lægge vegten paa det mindre væsentlige, og herved sondres der mellem tilfælde, der ialfald efter norsk ret bør behandles sammen.

Forresten skal vi ikke opholde os længer ved dette. Den her opstillede sondring mellem vildfarelsens affirmative og negative funktion er nemlig kun benyttet som grundlag for en systematik af de tilfælde, som gaar ind under vort emne. Men en systematik gjør man rettest i at lade tale for sig selv. Er den istand dertil, er ethvert forsvar unødvendigt. Er den ikke istand dertil, er ethvert forsvar unyttigt.

Vildfarelsens mulige indvirkning paa en privat retshandels gyldighed i sidste retning skal omhandles i kap. II, dens mulige indvirkning i første retning i kap. III.

§ 4. Ægte og uægte vildfarelse [1].

I. Ved fremstillingen af vort emne, maa der sondres mellem vildfarelse i motiverne paa den ene side og den ubevidste uoverensstemmelse mellem vilje og viljeserklæring paa den anden side. Den første art vildfarelse kaldes her ægte, den anden uægte [2].

II. Med vildfarelse i motiverne (error in motivis) menes en vildfarelse, der har indflydelse paa viljen eller beslutningen til at indgaa retshandelen [3]. Man siger her, hvad man vil sige. Man har ogsaa den rigtige forestilling om meningen af det sagte, men beslutningen om at indgaa retshandelen vilde man ikke have fattet, om man havde havt kjendskab til eller den rigtige forestilling om en kjendsgjerning [4].

Vildfarelse i motiverne foreligger saaledes, f. eks. naar man kjøber en gjenstand af bronze, fordi man tror, den er af guld, kontraherer med den tilstedeværende A i den tro, at det er B (error in motivis henholdsvis in qualitate og in persona).

III. Med ubevidst uoverensstemmelse mellem vilje og viljeserklæring menes vildfarelse med hensyn til retshandelsviljens ydre tilkjendegivelse (udførelseshandlingen). Her forudsættes retshandelsviljen i orden. Ingen urigtige motiver med hensyn til den. Men, naar denne vilje skal tilkjendegives, begaaes feil.

Saadanne feil kan være af en dobbelt art:

1) Enten kan man mangle bevidsthed om udførelseshandlingens indhold. Saadan vildfarelse foreligger, naar man skriver feil (ogsaa trykfeil), forsnakker sig eller griber feil [5].

[1] Jfr. hermed især Regelsberger: Pandekten I § 139 II B, Windscheid: Pandekten I § 76, særlig note 1 og 6. motiverne til det tyske civillovudkast I s. 196 og Zitelmanns Irrtum und Rechtgeschäft s. 319 flg.

[2] Vistnok er disse termini, der først er brugt af Savigny (se hans system III § 135 og bilag VIII nr. 34) lidet betegnende for deres gjenstand, men da de er korte og bekvemme, benyttes de dog i det følgende. Særlig ubekvemt vilde det jo være altid at maatte snakke om «den ubevidste uoverensstemmelse mellem vilje og viljeserklæring.»

Det skal bemerkes, at Savignys sondring mellem ægte og uægte vildfarelse ikke falder sammen med den her opstillede.

[3] Denne vilje (beslutning) kan kaldes retshandelsvilje i modsætning til den senere omtalte udførelseshandlingsvilje.

[4] Denne kjendsgjerning kaldes den motiverende kjendsgjerning. Forestillingen paa samme maade den motiverende forestilling.

[5] Her maa fastholdes, at man ogsaa i disse tilfælde har udførelseshandlingsvilje (ogsaa kaldet erklæringsvilje) ɔ: vilje til at udføre (tilkjendegive) rets-

Man siger eller skriver f. eks. 19, men mener 91. Forsaavidt er sondringen mellem den ægte og uægte vildfarelse klar.

2) Eller man har fuld bevidsthed om udførelseshandlingens indhold, men en vrangforestilling om indholdets betydning. Man siger og vil sige miljon (der foreligger altsaa ingen forsnakkelse), men tror, at miljon er det samme som mille[1]. Her vælges paa grund af vildfarelse et falsk erklæringstegn.

Sondringen mellem denne art uægte vildfarelse og den ægte vildfarelse kan ofte fremstille sig som vanskelig og karakteriseres af mange forfattere som haarfin. Sagen er nemlig, at der gives 2 arter motiver[2] nemlig:

a) de allerede under II omtalte motiver, der influerer paa viljen eller beslutningen til at indgaa retshandelen og

b) motiver der influerer paa valget af udførelseshandling.

I begge tilfælde har vi at gjøre med en mangel paa forestilling eller mangel paa rigtig forestilling om en kjendsgjerning, men i første tilfælde bevirker den gale eller manglende forestilling retshandelsviljens opstaaen, i det sidste bestemmer den valget af udførelseshandling. Har de falske motiverende forestillinger (motiver) indflydelse i første retning, foreligger ægte vildfarelse, i sidste retning uægte vildfarelse[3].

Frit efter Ihering[4] hidsættes følgende eksempel paa denne art uægte vildfarelse: En theaterdirektør har fattet den beslutning at engagere den berømte skuespillerinde Julie Meyer i X. for 2000 kroner pr. maaned. Han sender engagementstilbudet pr. brev med

handelsviljen. Refleksbevægelser, der kunde tage sig ud som retshandler, gaar altsaa ikke ind herunder, ligesom man paa disse ikke passende kan anvende udtrykket vildfarelse eller feiltagelse.

[1] Zitelmann l. c. s. 603. Andre eksempler: Man siger og vil sige kilogram, men mener 2 mærker, fordi man tror, at kilogram er lig pund. Man skriver og vil skrive tegnet for det engelske pund, men tror, at dette tegn betyder amerikansk dollar.

Slap i de anførte eksempler af vanvare ordene miljon og kilogram ud af munden istedetfor mille og pund eller skreves af samme grund engelsk pund for amerikansk dollar, vilde der foreligge henholdsvis forsnakkelse og feilskrivning.

[2] Om motivbegrebets dualisme se Zitelmann l. c. s. 157 flg.

[3] Som det fremgaar af det under II fremholdte, menes med error in motivis, naar intet andet siges, den vildfarelse, der fremkalder retshandelsviljen. Denne error in motivis kan kaldes error in motivis i egentlig forstand i modsætning til error in motivis med hensyn til udførelseshandlingen. Denne sidste altsaa error in motivis i uegentlig forstand.

[4] Jfr. hans afhandling om culpa in contrahendo i hans Jahrbücher 4 s. 1 flg.:

adresse Julie Meier, idet han tror, at hun skriver sit navn saa. Ulykkeligvis er der i X en lidet bekjendt skuespillerinde af det Navn, og til hende ankommer brevet[1].

IV. Det skal allerede paa dette sted bemerkes, at mange romanistiske forfattere benægter berettigelsen af den opstillede sondring mellem ægte og uægte vildfarelse, idet de paastaar, at et tilfælde ikke bliver at underkaste nogen principiel forskjellig retslig behandling, om det henføres hid eller did. Til disse hører Bekker (se hans Pandekten II s. 25 og de der citerede forfattere, deriblandt navnlig Leonhard)[2]. Blandt nordiske forfattere, der forfegter samme anskuelse, nævnes Jul. Larsen (se hans haandbog i obligationsrettens alm. del s. 69 flg., navnlig s. 79 note).

§ 5. De vigtigste andre arter vildfarelse samt om retsvildfarelsens virkning.

I. Efter den maade, hvorpaa vildfarelsen opstaar, sondres mellem undskyldelig (error probabilis vel justus) og uundskyldelig (tilregnelig) vildfarelse.

Den første er opstaaet under saadanne omstændigheder, at der efter den i livet herskende maalestok billigvis ikke kan forlanges, at man skulde gaa fri for den. Det er den vildfarelse, som selv den gode og forstandige mand (bonus pater familias) ɔ: den, der er

[1] Havde tilfældet været det, at Julie Meier i egen person havde søgt om ansættelse hos theaterdirektøren, og han havde engageret hende i den tro, at det var den berømte Julie Meyer, vilde ingen feiltagelse med hensyn til udførelseshandlingen have foreligget, kun error in motivis i egentlig forstand (jfr. det under II fremholdte).

Forskjellen mellem error in motivis i egentlig og uegentlig forstand skal yderligere anskueliggjøres ved følgende tilfælde, der passerede mig for nogle uger siden: Jeg skulde flytte fra Huitfeldts gade til Nils Juels gade 1. I den anledning fattede jeg den beslutning at gaa ned paa posthuset og opgive min nye adresse. Motivet til denne beslutning var forestillingen om, at breve etc., adresserede til min forrige bopæl i Huitfeldts gade, ellers ikke vilde komme frem. Saa skulde udførelseshandlingen foregaa. Ankommen ganske rigtig til brevbudekspeditionens lokale skrev jeg paa en af de dertil bestemte blanketter som ny adresse: Nils Juels gade 80. Dette var ingen feilskrivning. Jeg vilde skrive tallet 80, ikke noget andet tal. Men motivet til at vælge dette tal (denne udførelseshandling) var den urigtige forestilling, at huset, hvortil jeg skulde flytte, havde dette nr. Her forelaa altsaa uægte vildfarelse.

[2] Se ogsaa Pfersche: Die Irrthumslehre des österreichischen Privatrechts s. 51. Her benægtes fra et principielt standpunkt (altsaa bortseet fra den østerrigske lovbogs standpunkt) berettigelsen af den opstillede sondring.

udrustet med den gjennemsnitlige forstaaelse af rigtig handlemaade og fyldt af bevidstheden om sit ansvar[1], vilde kunne gjøre sig skyldig i under de samme omstændigheder. Man kan selv af en saadan mand ikke kræve det urimelige[2], og interdum dormit ipse bonus Homerus.

Denne vildfarelse beror altsaa ikke paa uagtsomhed.

Den sidste (den uundskyldelige vildfarelse) gjør derimod det.

Da uagtsomheden kan have grader, være grov (culpa lata) eller mindre grov (culpa levis) vil den tilregnelige vildfarelse have samme grader. I grov vildfarelse lader selv det sedvanlige menneske sig ikke gribe[3], i den mindre grove ikke den gode og forstandige mand.

Om der med hensyn til vort emne knytter sig forskjellige regler til disse forskjellige arter vildfarelse, derom vil nogle bemerkninger fremsættes paa sit sted i det følgende.

II. Efter vildfarelsens gjenstand sondres mellem faktisk og retslig vildfarelse. Den første har en kjendsgjerning, den sidste en retsregel til gjenstand. Det er kun vildfarelse om vor egen ret, der er retsvildfarelse. Vildfarelse om fremmed ret er derimod faktisk vildfarelse. Med fremmed ret pleier man i denne henseende at ligestille lokal sedvaneret og koutumer. Ikke engang sætningen: Curia novit jura gjelder jo mer lokal sedvaneret og koutumer end fremmed ret.

Det har været omtvistet, hvorvidt den saakaldte subsumtionsvildfarelse (ɔ: den urigtige henførelse af en kjendsgjerning under en retsregel) skal henregnes til faktisk eller retslig vildfarelse. Savigny[4] henregnede den til faktisk vildfarelse. Dette er nu et i almindelighed forladt standpunkt. Det rigtige er: Har den urigtige subsumtion sin grund i en misopfatning af den kjendsgjerning, der subsumeres, er vildfarelsen faktisk, har den derimod sin grund i misforstaaelse af retssætningen, er den retsvildfarelse[5].

Om man er enig heri eller ikke, det har ingen synderlig interesse efter den opfatning af retsvildfarelsens virkning, som under III skal fremholdes.

[1] Saaledes Regelsberger: Pandekten I s. 650.

[2] — — facti interpretatio plerumque prudentissimos fallat (2 D. 22—6).

[3] Jfr. 223 pr. D. 50—16: Latæ culpæ finis est non intellegere id, quod omnes intellegunt.

[4] System III s. 327—28.

[5] Jfr. Dernburg: Pandekten I § 87 n. 5.

III. Retsvildfarelsens virkning[1].

Fra romerretten stammer den saa bekjendte sætning: error (ignorantia) juris semper nocet[2]. Den herskende romanistiske lære om retsvildfarelse[3] er, at den ikke er undskyldelig, thi retten er klar, simpel og tilgjængelig og bør kjendes af alle. Da der nu, forsaavidt vildfarelsen overhovedet tillægges betydning, i regelen kun tages hensyn til den undskyldelige vildfarelse, og det hvad enten det gjelder opnaaelse af fordel eller afvendelse af tab, vil følgelig retsvildfarelse som regel skade. Herfra har man dog tilladt undtagelser, dels af objektive (uklarhed i loven, kontroverser etc.) dels af subjektive grunde, idet man ligeoverfor soldater, udannede mennesker og kvinder i visse tilfælde finder retsvildfarelsen undskyldelig. Af nogle forfattere f. eks. Dernburg ansees retsvildfarelsen efter omstændighederne for undskyldelig, naar det gjelder at afvende tab for den feiltagende.

For norsk rets vedkommende har vi ingen direkte bestemmelse om, hvorvidt retsvildfarelsen med hensyn til indflydelse paa retshandlers eller andre privatretslige juridiske kjendsgjerningers gyldighed skal behandles anderledes end faktisk vildfarelse. Men intet vilde være mindre paa sin plads end under denne lovens taushed at docere den ovenfor refererede romanistiske lære. Under lovens taushed maa vi opstille følgende lære, der ogsaa støttes af praksis, om man end af og til i høiesteretsmedlemmers vota kan støde paa udtalelser, der bærer et romanistisk præg[4].

Sætningen: *Error juris semper nocet* har en rigtig kjerne, for hvis skyld den er opstillet, men i sin almindelighed er den falsk og beror som saa mange almensætninger, hentede fra udtalelser i de romerske retskilder, paa en feilagtig generalisering. Sætningens rigtige kjerne er, at en lov, naar den er traadt i kraft, bringes til anvendelse ogsaa paa den, som ikke kjender eller misforstaar den, og det uden hensyn til om denne ignorantia eller error efter omstændighederne er undskyldelig eller ikke[5]. Saaledes en lov om

[1] Dette emne har dr. Karl Adler, privatdocent i Wien, udgreiet i en meget læseværdig afhandling: Die Wirkungen des Rechtsirrtums i Iherings Jahrbücher 33 s. 149—224. Vi slutter os i dette emne til den af ham fremsatte lære. Udførlig angivelse af litteratur i emnet hos Adler l. c. s. 149—50 note.

[2] Jfr. 9 pr. D. 22—6.

[3] Se herom Dernburg: Pandekten I § 87 og Adler l. c. s. 150—52.

[4] Se f. eks. retst. 1895 s. 205 (merk: utilregnelig faktisk vildfarelse). Paa saadanne udtalelser kan man selvfølgelig ikke lægge nogen vægt, naar ikke domsafgjørelserne beror derpaa.

[5] Saaledes ogsaa Adler l. c. 152.

formforskrifter, af hvis iagttagelse en retshandels virkning enten overhovedet eller i visse retninger er gjort afhængig. Som eksempel kan nævnes arvelovens forskrifter om testamentsformer. Disse bringes til anvendelse ogsaa paa den, som ikke kjender dem [1]. Et testament, der med hensyn til form ikke tilfredsstiller lovens fordringer, er altsaa ugyldigt, trods retsvildfarelsen. Men anderledes vilde heller ikke sagen staa, om lovens forskrifter ikke var iagttagne paa grund af faktisk vildfarelse, f. eks. at det ene testamentsvidne paa grund af en testator ubekjendt faktisk omstændighed var inhabilt [2]).

Paa samme maade staar en overdragelse af fast eiendom sig ikke ligeoverfor sælgerens kreditorer, der gjør udlæg, medmindre skjødet er tinglyst, og det uden forskjel, om kjøber og sælger troede, at tinglysning var en unødvendig akt (retsvildfarelse), eller om de feilagtig troede, at denne akt alt var besørget (faktisk vildfarelse).

Som disse eksempler viser er grunden til, at en retssætnings anvendelse ikke udelukkes ved vildfarelse om dens eksistens eller rette forstaaelse, ikke den, at der er noget specielt krav paa, at retten mer ubetinget end et faktum bør kjendes. Grunden ligger deri, at retten med hensyn til anvendelighed ingen positiv undtagelse gjør for den, der ikke kjender den [3]. Den møder alle som en naturlov, der kan foraarsage den skade, der er uvidende om den og ikke retter sig efter dens forskrifter.

Nogen undtagelse kan man i denne henseende heller ikke gjøre for omstridte eller utydelige retssætninger. Dommeren har at bringe retten til anvendelse efter *sin* opfatning af den, ikke efter den betræffende *privatmands*.

Har man derimod paa grund af en retsvildfarelse foretaget en handling, hvis retsvirkninger, dersom den havde været udslag af faktisk vildfarelse, vilde udelukkes eller kunne afsvækkes, saa virker retsvildfarelse paa samme maade. Det vil med andre ord sige: Naar *kundskab* hører med til en retsstiftende kjendsgjernings begrebsmomenter, foreligger den retsstiftende kjendsgjerning ligesaa lidt, naar man er hildet i *retsvildfarelse*, som naar man er hildet i *faktisk* vildfarelse [4]. Og paa samme maade: Naar *tilregnelig* vildfarelse hører med til en retsstiftende kjendsgjernings begrebs-

[1] Jfr. den tyske civillovs § 125, der ingen undtagelse gjør for retsvildfarelse.

[2] Sagen sees fra et principielt standpunkt uden hensyn til, at høiesteret i sin praksis ikke overholder arvelovens formforskrifter saa nøie.

[3] Saaledes ogsaa Adler l. c. s. 211—212.

[4] Jfr. § 3.

momenter udelukkes den retsstiftende kjendsgjerning ligesaavel ved undskyldelig rets- som undskyldelig faktisk vildfarelse.

Dette er klarest ved konkludente handlinger. Thi her, hvor der sluttes til en retshandelsvilje af handlinger, der ikke direkte udtrykker nogen tilkjendegivelse af saadan vilje, vil muligheden af at gjøre denne slutning selvfølgelig ikke mindre udelukkes, naar handlingen er foretagen af retsvildfarelse, end naar den er foretagen af faktisk vildfarelse. Dette er ogsaa anerkjendt af praksis [1].

Men det samme maa ogsaa gjelde ved handlinger, der direkte er udtryk for en retshandelsvilje [2]. Har jeg f. eks. betalt min hustrus før ægteskabet stiftede gjeld, fordi jeg, uagtet intet formuesfellesskab finder sted, ansaa mig som skyldner, kan jeg søge det betalte tilbage. Dette ikke anderledes end om jeg havde betalt gjelden, fordi jeg ikke erindrede, at særeie var oprettet (faktisk vildfarelse).

Og har en handling kun retsfølge, naar den foretages af vildfarelse eller vildfarelse af en vis grad, saa er retsvildfarelse ogsaa tilstrækkelig. Dette er ligeledes anerkjendt i praksis [3].

Benytter vi de i § 3 bestemte udtryk, kan vi altsaa sige: Naar faktisk vildfarelse enten overhovedet eller af en vis grad har ind-

[1] Se høiesteretsdom i retst. 1874 s. 832. (Citeret ogsaa i professor Platous utrykte forelæsninger over privatrettens alm. del).

[2] Dette følger a fortiori af de i næste note citerede høiesteretsdomme, der, som det vil sees, endog til erhvervelse af rettigheder, ikke blot som her til afvendelse af tab, fandt retsvildfarelse tilstrækkelig.

[3] Se høiesteretsdom i retst. 1875 s. 108 flg. (navnlig s. 111 og do. i «Morgenbladet» 1896 nr. 536 (nu ogsaa refereret i retst. 1896 s. 799 flg.).

Den første dom omhandler god tro ved hævd paa almenningsjord. Den gode tro ansaaes ikke udelukket ved retsvildfarelse, og det under omstændigheder, hvor den ikke skulde synes saa svært undskyldelig. (Da det her gjaldt 30 aars hævd, kan det være begribeligt, at man i sidste retning tøiede sig langt).

Den sidste dom angik et sættedommersalar, der tilkjendtes for hele sagens behandling, uagtet dommeren under sagens gang burde have aftraadt, da grunden til den faste dommers ugildhed ved indtraadt dommerskifte var bortfaldt. Denne retsvildfarelse ansaaes undskyldelig. Vistnok kom der under voteringen udtalelser frem, der syntes at være udslag af den samme tankegang, som findes udtrykt i flere romerske kildesteder (f. eks. 39 D. 2—14, 33 D. 18—1 og 26 D. 34—5), at skaden in casu fik gaa udover det off., quia clarius loqui debuit. Det off. kunde nemlig ved beskikkelsen have taget udtrykkeligt forbehold eller i det mindste sagt fra, da den faste dommers ugildhed bortfaldt. Men der bliver dog det igjen, som her er af betydning: Havde høiesteret til erhvervelse af en ret ikke fundet retsvildfarelse (og det selv fra en retslærd) undskyldelig, vilde det offentliges tale have været tydelig nok.

flydelse paa en retshandels[1] gyldighed enten i affirmativ eller negativ retning, saa har retsvildfarelse af samme grad ogsaa indflydelse i samme retning.

Med Hensyn til spørgsmaalet om undskyldelighed maa det hævdes, at der ingen principiel forskjel er mellem rets- og faktisk vildfarelse[2]. Noget andet er, at der kan være en faktisk forskjel, saa retsvildfarelse under ellers lige omstændigheder lettere kan ansees som uundskyldelig. At man ikke kan begrunde retsvildfarelsens særlige uundskyldelighed under henvisning til rettens klarhed, greihed og lette tilgjængelighed, behøver neppe at bemerkes [3].

§ 6. Om forholdet mellem retshandelsgiverens vilje og retseffekten (retsfølgerne)[4].

I. Et spørgsmaal, som hos romanisterne i den senere tid har været meget behandlet og tilsvarende omtvistet, er det om forholdet mellem retshandelsgiverens vilje og retseffekten. Vor stilling til spørgsmaalet vil egentlig fremgaa af § 2, men en noget nærmere redegjørelse herfor maa gives, da det saavel direkte som indirekte har betydning for løsningen af vort emne. Direkte, fordi det siger sig selv, at vildfarelse med hensyn til en retshandels retsfølger er irrelevant, dersom der ikke skulde være nogen umiddelbar rapport mellem retshandelsgiverens vilje og retseffekten. Indirekte, forsaavidt stillingen til dette spørgsmaal ialfald kan influere paa den betydning, den uægte vildfarelse kan blive at tillægge. Her kan det dog ikke være tale om andet end at give de høist nødvendige bemerkninger til begrundelse af vort standpunkt.

II. Her staar 2 yderliggaaende theorier imod hinanden[5].

Den ene, der kan kaldes den objektive theori, blev først udviklet af Philipp Lotmar i hans i 1875 udkomne skrift: Ueber causa im römischen Recht. Sin opfatning har han selv[6] resumeret saaledes: «Fordi viljesytringen har retsfølger gjennem retten, er den omstændighed, at den handlende vil retsfølgerne, ligegyldig.» Han hævder

[1] Hvad der her hævdes for retshandelens vedkommende, gjelder ogsaa for andre privatsretslige juridiske kjendsgjerninger (f. eks. hævd).

[2] Dette maa ansees ogsaa anerkjendt ved de citerede høiesteretsdomme.

[3] Thi etiam interpretatio *juris* plerumque prudentissimos fallat.

[4] Jfr. Dernburg: Pandekten I § 91, særlig note 10, hvor den vigtigste litteratur findes anført, Munch-Petersen: Løftet og dets causa s. 33 flg. (ogsaa med litteraturangivelse) og Thon: Rechtsnorm und subjektives Recht s. 350 flg.

[5] Jfr. Hartmann i Iherings Jahrbücher 20 s. 73 flg.

[6] Se det anførte skrift s. 15—16.

altsaa, at der ingen umiddelbar forbindelse er mellem retshandelsgiverens vilje og retseffekten. Heraf følger, hvad Thon har udviklet i sit skrift: Rechtsnorm und subjektives Recht s. 371, at der for at en retshandel skal foreligge, kun fordres, at et retshandelsdygtigt individ gjennem en fri handling har sat den ydre kjendsgjerning (die Vorbedingung), hvortil retsordenen knytter sine virkninger. Der fordres altsaa egentlig ikke, at man skal være sig bevidst, at man ved sin handling indgaar en retshandel, der er udstyret med retsvirkninger. Det er tilstrækkeligt, at man har villet, om vi saa maa sige, retshandelens ydre korpus. Det billede har været brugt, og det illustrerer theorien: Det gaar som i æventyret: Den der bruger trylleordet maner troldet frem, uden hensyn til om man vidste, at dette ord vilde have denne virkning, og uden at det var tilsigtet[1].

En saa at sige diametralt modsat anskuelse[2], som kan kaldes den subjektive theori, gaar ud paa, at den, der vil en retshandel implicite vil alle de følger, som retten knytter til retshandelen. Den der vil ægteskabsindgaaelsen, vil implicite alle ægteskabets retsvirkninger; den, der vil tiltræde en arv uden beneficium inventarii, vil ogsaa hefte ultra vires hereditatis for gjelden. Heraf følger den vigtige konsekvens, at er retshandelsgiveren i en eller anden henseende ikke dygtig til at forpligte sig til en vis retsfølge, saa indtræder denne ikke, selv om den er fastsat i loven som virkning af et retsforhold, hvori han kan indtræde.

Paa dette standpunkt staar i virkeligheden Ørsted, hvad der fremgaar af hans haandbog II s. 423—24. Han lader nemlig den umyndige ikke svare for kasus efter n. l. 5—8—1, ja han siger med rene ord, at laantagerens ansvar for kasus er en obligatio ex contractu.

At dette standpunkt er falsk, vil fremgaa af et eksempel: En 16-aarig pige indgaar ægteskab. Det er uomsvistet og vistnok ogsaa uomtvisteligt, at retsfølgen: formuesfellesskab indtræder, uagtet hun efter loven ikke er dygtig til at disponere over sin formue. Men, da maa denne retsfølge være uafhængig af hendes vilje, indtræde som en lovvirkning af den retshandel, hun har indgaaet, og som hun er dygtig til at indgaa.

[1] Efter denne opfatning vilde det være rigtigt, naar Thon i det anf. verk s. 359 og 357 udvikler forskjellen mellem retshandel og delikt saaledes: Retsfølgerne udgaar altid af retsordenen. Denne knytter sine virkninger til visse forbetingelser. Mellem retshandel og delikt er der den forskjel, at deliktets forbetingelse er en forbudt handling, retshandelens forbetingelse en tilladt handling.

[2] Se Dernburg l. c.

Men den først refererede anskuelse gaar for vidt paa sin kant. Pigens «ja» afsagt for notarius publicus er intet trylleord, der skulde frembringe nogen retsvirkning uden hensyn til, om hun vidste, at der handledes om Ægteskabsindgaaelse (man havde f. eks. indbildt hende, at det hele kun var komedie).

Sandheden maa derfor for en gangs skyld ligge i midten[1].

Man maa som det nævnte eksempel viser, være sig bevidst, at den handling, man foretager er en retshandel[2]. Retshandelsgiverens vilje har at udstrække sig, som Kohler har sagt[3] til retsinstitutet[4].

Retsinstitutets følger indtræder da vi legis, ikke vi voluntatis. Det, retshandelsgiveren behøver at ville, er at indtræde i laaneforholdet, at afslutte salgskontrakten, at tiltræde arven etc., men heftelse for kasus efter 5—8—1, hjemmelsansvar efter den sedvansmæssige retsdannelse, ansvar for gjelden, ogsaa ultra vires hereditatis, indtræder uden hensyn til hans vilje.

Følgelig vil vildfarelse med hensyn til disse følger ligesaa lidt som anden retsvildfarelse (se § 5) udelukke lovens anvendelse. Derfor erklærer vi allerede paa dette sted den slags vildfarelse for en retshandels gyldighed irrelevant.

Hermed skal dog ikke være sagt, at man bør slutte sig til Kohler, naar han i Iherings Jahrbücher 16 s. 330 hævder, at selv om begge parter svævede i vildfarelse om en følge, som loven knytter til en indgaaet retshandel, skulde dommeren alligevel ubetinget lægge ind i retshandelsforholdet ogsaa denne følge, om det saa til evidens kunde godtgjøres, at parterne ikke ønskede dens indtræden. Kohler vil have ret, hvor der handles om retsforhold som

[1] Jfr. med det følgende især Regelsberger: Pandekten I § 135 III.

[2] Hertil kræves selvfølgelig ikke, at man skal fatte dette begreb videnskabelig. Skulde et saadant krav opstilles, vilde det se slemt ud.

[3] I Iherings Jahrbücher 16 s. 106, Han har senere selv forladt dette standpunkt, idet han i samme tidsskrift bd. 18 har sluttet sig til den objektive theori.

[4] Det maa fastholdes, hvad Regelsberger l. c. udvikler, at retshandelsgiveren ikke blot vil maalet (retshandelens økonomiske (Lenel) eller empiriske formaal (Bechmann), men ogsaa midlet ɔ: den retslige forpligtelse. Han vil ikke blot forpligte sig moralsk, han vil retslig forpligte sig, og i sin egenskab af retshandelsmodtager i gjensidige retshandelsforhold vil han retslig, ikke blot faktisk erhverve. Dette er udtrykt derigjennem, at viljen udstrækker sig til retsinstitutet, Heraf udleder vi ikke, at i gjensidige retshandelsforhold er den ene part ikke bunden, naar den anden ikke er det (den slags «juridiske« ræsonnementer støder man sørgelig ofte paa), men fremgangsmaaden er den omvendte. Det ovenfor fremstillede vil kunne bevises derved, at regelmæssig vil den ene parts forpligtelse i gjensidige retshandelsforhold være afhængig af, at den anden ogsaa er forpligtet. Herom senere.

ægteskab, hvis indhold enten er absolut bestemt eller kun kan fraviges, naar visse former iagttages, men ikke, naar det gjelder retsforhold, som dette ikke er tilfældet med. Men det maa ogsaa her fastholdes, at det med sikkerhed maa fremgaa, at begge parter har tænkt sig hin følge udelukket.

III. I denne sammenhæng maa ogsaa berøres det spørgsmaal[1], om sedvane, der ikke er sedvaneret (ɔ: skik og brug, f. eks. handelskoutumer etc.) i denne henseende kan ligestilles med retsregler. Eller som man ofte, om ikke ganske korrekt, pleier at udtrykke sig: Er viljen til at forføie i overensstemmelse med saadan sedvane uafhængig af kjendskab til dens existens eller indhold?[2] Det samme spørgsmaal opstaar, naar en retshandel indgaaes med selskaber etc., der kun kontraherer ifølge visse paa forhaand opstillede regler (reglementer), f. eks. jernbanerne. I mangel af positiv lov eller fast praksis[3] synes man at kunne opstille den sætning, at kjender man til, at der eksisterer en vis sedvane eller et reglement, saa er man bunden i overensstemmelse dermed, selv om man ikke kjender det nærmere indhold, naar dette ikke kan betegnes som ganske abnormt. Man vil maaske bygge begrundelsen af denne sætning paa uagtsomhed. Det skulde være uagtsomhed ikke at sætte sig ind i medkontrahentens ved skik og brug eller reglement bestemte vilkaar, der er tilgjængelige. Dette er imidlertid ikke rigtigt. Eller skulde det være uagtsomhed at undlade, naar man sender en pakke med jernbanen, værd en krone, at anvende dage til at sætte sig ind i jernbanens fragtreglement? Nei, det kan umulig antages. Og en saadan begrundelse vilde desuden skyde over maalet; thi det maatte jo være ligesaa stor uagtsomhed ikke at sætte sig ind i de ganske abnorme bestemmelser. Spørgsmaalet vil afhænge af det senere saa ofte omtalte risikomoment. Kjender man til, at der eksisterer et saadant reglement (eller en saadan skik og brug), saa har man ansvaret, om det indeholder bestemmelser, der gaar i ens disfavør, saafremt de ikke kan betegnes som ganske abnorme. I sidste fald er det dens sag, i hvis favør bestemmelsen gaar, at forvisse sig om, at de er modparten bekjendte, ikke blot tilgjængelige.

Skulde man svæve i uvidenhed om selve eksistensen af noget

[1] Jfr. hermed Jul. Lassens haandbog s. 249—50, hvor samme resultat hævdes som nedenfor.

[2] Jfr. Regelsberger: Pandekten I s. 642: Der Wille, im Einklang mit der herrschenden Sitte zu verfügen, ist durch die Kenntnis vom Innhalt der Sitte nicht bedingt.

[3] Om praksis jfr. de hos Aubert: Obligationsrettens sp. d. II s. 33 note 3 citerede domme.

retshandelsvilkaarene bestemmende reglement eller nogen i den retning gaaende sedvane, kan sagen fremstille sig mer tvilsom. Det er meget, som taler for at lade det komme an paa, om denne uvidenhed er undskyldelig eller ikke. Men dette vil i grunden sige, at risikomomentet ogsaa her er det afgjørende. Uvidenheden om herskende skik og brug kan medkontrahenten nemlig umulig forudsætte, hvorfor det vilde være ganske urimeligt at paabyrde ham risikoen for slig uvidenhed. Det samme gjelder uvidenhed om reglementer, hvor saadanne er sedvanlige.

Det her udviklede vil ikke sige: Viljen til at forføie i overensstemmelse med skik og brug og reglement er, saalangt ovenfor antaget, uafhængig af kjendskab til deres eksistens og indhold. Det vilde være fiktion. Det rigtige er at sige: Saalangt anført, er viljen i saa henseende ligesaa irrelevant som viljen til at forføie i overensstemmelse med deklaratorisk lov.

Heraf udledes med hensyn til vildfarelsens betydning samme konklusion som under II.

IV. Af det i denne § udviklede vil det klarere fremgaa, hvorfor retshandelsbegrebet er fastsat saaledes som i § 2. At retshandelsgiveren vil frembringe retsvirkning, deri adskiller retshandelen sig fra de retshandelslignende kjendsgjerninger. Heraf indlyser det ogsaa, hvorfor okkupation og dereliktion henregnes til retshandler. Den handlendes vilje udstrækker sig jo her til retsinstitutet, eiendomsretten, henholdsvis dens erhvervelse og ophør.

§ 7. Oversigt over den norske samt endel herhenhørende fremmed litteratur.

I. Hvad den norske litteratur angaar, saa er den paa dette som paa saa mange andre feldter ikke synderlig omfangsrig. Nogen monografi har vi ikke, og hvad der staar i § 18 af obligationsrettens almindelige del af Hallager og Aubert (udgaven af 87 og 96), er selv for en lærebog lidet indgaaende. Og naar man betænker, at den der fremsatte lære, for en væsentlig del, er en gjengivelse af bemerkninger, som Ørsted gav i sin formularbog,[1] der udkom i 1817, og i 5te bind[2] af sin haandbog, der udkom 1832, saa vil det forstaaes af sig selv, at fremstillingen forlængst maa være antikveret.

Da denne bog endnu benyttes som lærebog ved vort universitet,

[1] s. 36, ogsaa citeret l. c. hos Hallager—Aubert.

[2] s. 102 flg.

skal den der fremsatte lære, der kun angaar obligatoriske retshandler, i korthed refereres paa dette sted.

Hvad den uægte vildfarelse angaar, saa læres:

1) Den skader ikke, naar den er felles for begge parter, og det med bestemthed sees, hvad den virkelige mening har været. Den virkelige mening sættes da i stedet for den feilagtig udtrykte.

2) Har derimod retshandelsgiveren alene gjort sig skyldig i vildfarelse, maa man se bort fra den, medmindre en særegen retsgrund kan paaberaabes for at sætte den feilagtig tilkjendegivne vilje ud af betragtning. I denne henseende kommer det især an paa, om den anden part (retshandelsmodtageren) har foranlediget eller dog været vidende om feilen.

Hvad vildfarelse i motiverne angaar læres:

1) Har begge parter gaaet ud fra en bestemt forudsætning[1] om retshandelens gjenstand eller dens øvrige væsentlige egenskaber, eksisterer der ingen virkelig retshandel for det tilfælde, at de maatte have faret vild, efterdi de forudsætninger, hvorunder det gjensidige samtykke er afgivet, ikke er tilstede.

2) Den er derimod uden betydning, naar den kun er tilstede paa retshandelsgiverens side. Dog kan den gjøre retshandelen uforbindende, naar den er ganske undskyldelig, er væsentlig og angaar retshandelens gjenstand og andre essentialia.

Med hensyn til virkningen af retshandelsgiverens error in motivis har nuværende statsminister Hagerup i sit skrift Kjøb og salg[2] og i en forelæsning om principerne for condictio indebiti, trykt i retstidende for 1885[3] hævdet den af Windscheid fremsatte forudsætningslære. Han har dog i sin anmeldelse af Jul. Lassens haandbog i obligationsretten i tidsskrift for retsv. for 1894 udtalt[4], at han ved den indgaaende litterære diskussion,[5] som emnet i den senere tid har været underkastet, har faaet sterke tvil om theoriens rigtighed.

I denne anmeldelse har Hagerup givet værdifulde bemerkninger om den uægte vildfarelses betydning for retshandlers gyldighed.

[1] = antagelse.

[2] Trykt først i retst. 1883. Se den særskilte udg. af skriftet s. 88 og 98 flg.

[3] s. 245 flg.

[4] s. 63.

[5] Her sigtes til den diskussion, som fandt sted mellem Windscheid og professor i Strassburg Lenel i Archiv f. d. c. Praxis bd. 74, 78 og 79. Af denne diskussion har Hagerup givet et kortfattet, men greit referat i tidsskrift for retsv. 1893 s. 286 flg.

Nævnes bør ogsaa et opsæt i retst. 1879 s. 637 af profesor Platou om virkningen af vildfarelse i kontraktsforhold og om condictio sine causa osv. Her meddeles et interessant praktisk tilfælde, der viser, at lægmænd ofte har et sundere syn paa vildfarelsestilfælde, der forekommer, end mange jurister (se navnlig s. 645—46).

Hermed har vi nævnt det væsentlige af vor trykte litteratur om emnet[1].

II. Den danske litteratur er rigere.

Ørsted har vi allerede nævnt.

A. W. Scheel omhandler vildfarelse i sin privatrettens almindelige del II s. 25 flg., Gram i sin formueret I s. 178 flg. Deres fremstillinger har ingen synderlig interesse.

Af nyere verker nævnes foruden Aagesens indledning til den danske formueret[2] først og fremst Jul. Lassens haandbog i obligationsretten[3], særlig §§ 17 og 18 (jfr. § 8). For den der hævdede lære skal senere redegjøres paa sit sted.

I de sidste aar er udkommet 2 verker. 1) et vidtløftigt arbeide af overretssagfører Ernst Møller om forudsætninger inter vivos[4]. Han har her sluttet sig til den af Lenel i Archiv f. d. c. Praxis bd. 74 og 79 fremsatte kritik af Windscheids forudsætningslære[5]. 2) Munch-Petersens doktorafhandling: Løftet og dets causa (1896)[6], hvor læren om vildfarelse i motiverne ogsaa delvis behandles. Se særlig §§ 6 og 7.

III. Af fremmed litteratur maa først og fremst merkes den romanistiske, og det er alt før bemerket, at den er meget righoldig ogsaa hvad nærværende emne angaar. Da der i de forskjellige pandektlærebøger (f. eks. Windscheids, Dernburgs, Bekkers og Regelsbergers) gives temmelig udførlige litteraturoversigter, skal vi ikke trætte med nogen saadan. Her skal kun honoris causa nævnes nogle af hovedverkerne. Savignys behandling af læren om «Irrtum und Unwissenheit» findes i hans System des römischen Rechts bd.

[1] Af utrykte forelæsninger, der har interesse for vort emne, bør nævnes især professor Platous forelæsninger over privatrettens alm. del, hvor læren om den uægte vildfarelse underkastes en indgaaende behandling. I professor Ingstads kontratrykte romerretsforelæsninger findes ogsaa bemerkninger om norsk ret. Særlig merkes hans fremstilling af læren om condictio indebiti.

[2] Udkom 1881 efter forfatterens død. Side 602 flg. omhandles vildfarelsens virkning.

[3] Udkom 1892.

[4] Udkom 1894.

[5] Jfr. Jul. Lassens anmeldelse af dette verk i tidsskrift f. retsv. VIII s. 285 flg.

[6] Anmeldt af Jul. J. Lassen i tidsskrift for retsv. IX s. 324 flg.

III side 111 flg. og s. 263 flg. samt især bilag VIII, hvor læren underkastes en udførlig behandling. Dette skrift har været af grundlæggende betydning, og i sin fremstilling af den romerske rets enkeltafgjørelser har han visselig i det store og hele taget truffet det rette. Spørger vi derimod efter de grunddrag, hvoraf de romerske kildesteders enkeltafgjørelser maatte være udslag, saa lader han os i stikken. Og det er dette, som vilde interessere en norsk jurist mest, naar han skal give en fremstilling af den norske retslære om emnet. I denne henseende er Windscheids berømte skrift: Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung af ganske anden betydning. Dette skrift, der udkom 1850, omhandler romerrettens lære om indflydelsen af vildfarelse i motiverne. Han søger at finde en felles grundtanke for kildestedernes enkeltafgjørelser, en grundtanke, som han da tror at kunne anvende, ogsaa hvor kilderne eller deres nærmeste analogi ikke giver svar. For det væsentlige indhold af Windscheids forudsætningslære skal i det følgende paa sit sted i korthed redegjøres.

Af nyere verker nævnes først og fremst Ernst Zitelmanns interessante og i mange henseender lærerige verk: Irrtum und Rechtsgeschäft[1]. Dog skal vi ikke undlade den bemerkning, at den metode, han benytter, efter den fremstilling, han selv giver af den (s. 14—26), ikke kan ansees for juridisk holdbar. Han siger: Naar jurisprudensen anvender et fra livet hentet begreb uden juridisk afgrænsning, udsteder den til den disciplin, til hvilket hint begreb ex professo hører, ligesom en blanket, som denne da selvstændig har at udfylde. Alt det, som den anden disciplin (hjælpevidenskab) indskriver paa denne blanket, maa da gjelde som juridisk sætning. Saaledes er begrebet sindssygdom ikke andet end «ein leeres Gefäss, in welches die jeweilige Specialwissenschaft den Inhalt erst hineinzugiessen hat»[2]. Paa side 22 drager han da en slutning, der virker som modlæg: Dersom medicinen kom til det resultat, at ogsaa i de saakaldte lucida intervalla, som de romerske retskilder taler om, en sygelig forstyrrelse af den almindelige aandelige tilstand var forhaanden, saa maatte man frakjende vedkommende ogsaa i disse lucida intervalla juridisk handledygtighed. Hvad, der i denne henseende gjelder «Irrsinn», maa ogsaa gjelde «Irrtum«. Denne metode kan som sagt ikke anerkjendes som rigtig juridisk metode. Anvender loven begrebet sindssygdom eller begrebet lucida intervalla, saa henviser den ikke til psykiatrien, men til den praktiske

[1] Udkom i 1879 og er bl. a. anmeldt af Bekker i Kritische Vierteljahrschrift N. F. bd. 3.

[2] Side 19.

opfatning i livet. Forsaavidt er begreberne netop ikke uden juridisk afgrænsning. Noget andet er det, at den i livet herskende praktiske opfatning kan forandres og paavirkes af de resultater, hvortil videnskaben er kommen. Denne Zitelmanns metode har imidlertid havt det gode ved sig, at den har ført ham til at underkaste flere begreber som handling, vildfarelse etc. indgaaende filosofiske undersøgelser, hvoraf der kan læres meget, om man end ikke kan anvende dem som juridisk bevis.

Endnu et verk skal nævnes, nemlig Leonhard: Irrtum bei nichtigen Verträgen nach römischem Rechte[1], et verk paa 2 temmelig tykke bind «zur Vereinfachung der Vertragslehre». I dette verk omhandles især læren om den uægte vildfarelse meget indgaaende[2].

Af anden fremmed litteratur skal vi gjøre opmerksom paa et meget fortjenstfuldt verk: Die Irrtumslehre des österreichischen Privatrechts af professor Pfersche i Graz (1891). Det er saavidt vides den eneste monografi, der i det væsentlige omhandler det stof, der er gjenstand for nærværende skrift. Det er et meget nøkternt affattet skrift, der kan anbefales ogsaa norske jurister, og det ikke blot theoretikere, men ogsaa praktikere.

[1] Udkom 1882 og 83.

[2] Istedetfor dette verk anbefales dem, der ikke specielt vil studere den romerske rets lære om emnet, hans «Gutachten» over bestemmelserne om vildfarelse i det første udkast til tysk civillovbog, trykt i 20de tyske juristmødes forhandlinger bd. 3 s. 23 flg.



KAPITEL II.

Vildfarelsens indflydelse paa retshandlers gyldighed i negativ retning (vildfarelsens negative funktion).

§ 8. Oversigt over kapitlets indhold.

I. Under dette kapitel gaar ikke blot tilfælde, hvor den indgaaede retshandel paa grund af vildfarelsen afkræftes, men ogsaa de tilfælde, hvor retshandelen i og for sig er uangribelig, men hvor dog dens økonomiske effekt afkræftes eller modvirkes ad anden vei. Saaledes naar en tinglig overdragelsesretshandel angribes ad obligatorisk og ikke ad tinglig vei, f. eks. naar en paa grund af vildfarelse betalt ikke-skyld tilbagesøges.

II. Vi deler dette kapitel i 6 afsnit. Under *I* omhandles virkningen af vildfarelse i motiverne paa obligatoriske formueretshandeler[1] inter vivos, under *II* virkningen af uægte vildfarelse ved de samme retshandler, under *III* vildfarelsens indflydelse paa overdragelsesretshandler inter vivos, under *IV* vildfarelse ved tinglige retshandler, der ikke er overdragelsesretshandler (okkupation og dereliktion), under *V* vildfarelsens indflydelse paa retshandler mortis causa og endelig under *VI* dens indflydelse paa familjeretshandler.

[1] Vi siger formueretshandler uden at bekymre os om, hvorvidt en autorrettighed (ideel produktionsrettighed) skal ansees for en formuerettighed eller ikke. Fremstillingen af de retsregler, der angaar disse rettigheder, bør ialfald ikke udskilles af formueretten. Derfor vil den her valgte udtryksmaade ikke vildlede.

I.

Indflydelsen af vildfarelse i motiverne (ægte vildfarelse) paa gyldigheden af obligatoriske formuesretshandler inter vivos.

---

§ 9. Fremstilling af den norske retslære herom (eller læren om bristende forudsætninger)[1].

I. I § 4 har vi seet, at med ægte vildfarelse menes en vildfarelse i motiverne ɔ: en vildfarelse, som har indflydelse paa retshandelsgiverens beslutning om at indgaa retshandelen. Motiv til indgaaelse af en retshandel kan forestillingen saavel om en fremtidig som en forbigangen og nuværende kjendsgjerning være. Her maa saaledes behandles virkningen af en vrangforestilling ikke blot, naar den refererer sig til en kjendsgjerning i fortid og nutid, men ogsaa naar den refererer sig til en kjendsgjerning, der tænkes at indtræde i fremtiden. Med vrangforestilling (error i trangere forstand) ligestilles mangel paa forestilling (ignorantia)[2]. Herom maa der nu siges at være enighed.

II. Naar der spørges, hvilken indflydelse vildfarelse i motiverne har paa en retshandels gyldighed, saa er der enighed om, at i almindelighed er saadan vildfarelse uden betydning. Dette begrundes med, at samhandelens tarv vilde i den grad lide under en modsat regel, at næsten al sikkerhed i retshandelsforhold vilde ophøre. Ja, man kan uden stor overdrivelse sige, at regelen om retshandlers forbindende kraft vilde ophæves, om et hvert vildfarende motiv skulde tillægges indflydelse paa en retshandels gyldighed. Tænker vi os saaledes 2 børsspekulanter. Den ene sælger et vist slags værdi-

[1] Jfr. hermed især flg. litteratur:
1. romanistisk: Windscheid: Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung, den samme: Pandekten I § 97 og 98, den samme i Archiv f. d. civ. Praxis bd. 78 s. 161—202, Lenel i samme tidsskrift bd. 74 s. 213—239 og bd. 79 s. 49—107, Regelsberger: Pandekten I § 143, Bekker: System des heutigen Pandektenrechts II s. 367 flg., Leonhard: Irrtum bei nichtigen Verträgen I s. 252 flg., Zitelmann: Irrtum und Rechtgeschäft, især 83 flg.
2. af den i § 7 citerede norske litteratur, især Hagerup i retst. f. 1885 s, 245 flg. og den citerede afhandl. af professor Platou.
3. den i § 7 meddelte danske litteratur, især Jul. Lassens haandbog § 18.

[2] Om den psykologiske forskjel mellem ignorantia og error se Zitelmann: Irrtum und Rechtsgeschäft s. 319 flg.

papir, og hans motiv hertil er den forestilling, at de skal falde i Pris. Den anden kjøber dem, og hans motiv er den forestilling, at de skal stige i pris. Stiger saa virkelig prisen, kunde sælgeren angribe retshandelen, falder den, kunde kjøberen gjøre det. Med andre ord: Retshandelen var ikke forbindende. Derfor kan uden anden hjemmel end den om retshandlers forbindende kraft, opstilles den sætning: Motiverne er for en retshandels gyldighed i almindelighed irrelevante. Retshandelsgiveren (saavel ved modtakingsturvende som ved ikke-modtakingsturvende retshandler) faar altsaa selv bedømme, hvilken fordel eller skade han maatte have af retshandelen og overtage risikoen (paa norsk: vaagnaden), om de forestillinger (antagelser og forventninger), som har bevæget ham til at indgaa retshandelen, skulde vise sig at være falske, eller om han var uvidende om en kjendsgjerning, som vilde have afholdt ham fra retshandelens indgaaelse.

III. Men gives der da ikke tilfælde, hvor et motiv, der grunder sig paa vildfarelse har indvirkning paa den indgaaede retshandels gyldighed? Herom kunde det nu kun være tale, naar motivet var saa væsentligt, at retshandelsgiveren uden det ikke vilde have afsluttet retshandelen. Motivet (eller den motiverende forestilling) siges da at være bestemmelsesgrund[1]. Isaafald er der enighed om, at det falske motiv er relevant, dersom det er fremkaldt ved retshandelsmodtagerens svigagtige eller uagtsomme retsbrud.

Men er det falske motiv ikke fremkaldt ved retshandelsmodtagerens skyld, og har han heller ikke retsstridig benyttet sig af nogen allerede forhaandenværende (f. eks. af tredjemand fremkaldt vildfarelse), saa spørges der — og det er gjenstanden for vort emne —, om alligevel det vildfarende motiv i noget tilfælde kan influere paa retshandelens gyldighed.

Føier parterne — retshandelsgiveren og retshandelsmodtageren — til retshandelen den udtrykkelige bestemmelse, at den ikke skal være forbindende, eller at dens virkning skal modificeres paa en nærmere bestemt maade, om den eller den motiverende kjendsgjerning ikke forholder eller ikke kommer til at forholde sig saa eller saa, er sagen klar. Motivet er da ophøiet til udtrykkelig betingelse[2], hører altsaa med til retshandelens «ord og punkter» ɔ: indhold (n. l. 5—1—2).

[1] Saaledes Jul. Lassen: Haandbog s. 78.

[2] Det vil sige i den betydning af ordet, som vi her har brug for. Om betingelsen refererer sig til en kjendsgjerning i fortiden, nutiden eller fremtiden er os nemlig i denne forbindelse ligegyldigt.

Dette behøver kun i forbigaaende at nævnes.

Men naar ingen saadan udtrykkelig bestemmelse er vedtaget, hvad da?

Kan et bestemmende motiv — udtalt eller ikke udtalt — stiltiende ophøies til kontraktspost med virkning for retshandelen enten i ophævende eller modificerende Retning? Nogen lovbestemmelse, der bringer løsningen, har vi ikke. At henvise til n. l. 5—1—2 (Retshandelen skal holdes i alle dens ord og punkter) er faafængt. Thi her spørges netop, hvorvidt et bestemmende motiv kan være ord og punkt uden udtrykkelig at være antaget som saadant.

IV. Vi skal afbryde her et øieblik og som baggruud for den følgende fremstilling hidsætte nogle praktiske eksempler. Med flid nævner vi fortrinsvis saadanne, som tidligere af andre i dette emne er nævnte.

1) En fader bestiller hos en snedker udstyr til sin forlovede datter og omtaler ved bestillingen, at de bestilte gjenstande skulde være hendes udstyr. Saa gaar forlovelsen overstyr. Kan han fragaa handelen?[1]

2) A kjøber en ridehest, fordi lægen har forordnet ham at ride. Saa dør han pludselig, før handelen er fuldbyrdet. Sæt, at sælgeren ved retshandelens indgaaelse var meddelt hensigten med kjøbet, kan saa A's arvinger angribe handelen?[2]

3) Følgende tilfælde er bragt til paakjendelse af den tyske rigsoverhandelsret:[3] Indstævnte blev ansat som generalagent i Stuttgart for det nordtyske pakkeføringsselskab og tegnede sig som saadan for at opfylde en i vedtægterne paalagt forpligtelse for 3 aktier. Foretagendet kom ikke istand i Würtemberg paa grund af, at den würtembergiske postforvaltning nedlagde indsigelse derimod. Maa indstevnte indbetale aktierne?

4) Lad os variere det sidste eksempel noget og antage, at den ansatte generalagent istedet for ifølge paalæg i vedtægterne at tegne 3 aktier havde kjøbt et hus til kontorlokale og meddelt sælgeren hensigten. Kan han faa kjøbet omgjort?

5) Zitelmann meddelte paa det tyvende tyske juristmøde[4] følgende tilfælde, som var ham passeret: Han fik en dag fra en kjending et brevkort med den meddelelse, at nu var der atter udkommet et nyt verk om vildfarelse. Han gik straks til bog-

[1] Lenel i Archiv f. d. c. Praxis, bd. 74 s. 226.

[2] Lenel sammesteds.

[3] Citeret efter Windscheid i Archiv f. d. c. Praxis, bd. 78, s. 190.

[4] Se forhandlingerne bind 4, s. 110—11.

handleren og sagde: «Jeg maa selvfølgelig have al juridisk litteratur om vildfarelse. Vil De ikke skaffe mig denne bog?» Da bogen kom, viste det sig, at den omhandlede vildfarelse som nødvendig bestanddel i Guds Verdensordning. Bogen var altsaa ikke af juridisk indhold. Kunde han fragaa Handelen?

6) Man har kjøbt i et klædemagazin en frakke, og saa viser det sig efterpaa, at den var brugt. Kan man faa handelen omgjort?
7) Vi tænker os, at frakken istedet for i et magazin var kjøbt i en forretning med gamle klæder eller paa en dødsboauktion. Hvad da?[1]
8) En Kristianiagrosserer har leiet en sommerbolig paa landet, men kan ikke benytte den, fordi kopperne er udbrudt i bygden (hvor sommerboligen ligger). Maa han betale leien?[2]
9) Naar man leier et vindu for derfra at se kongens indtog, maa man betale, om der intet indtog bliver af?[3]

V. I nogle af disse tilfælde (3, 6 og 9) vil vi finde, at vor rets- og billighedsfølelse taler for, at retshandelsgiveren ikke skal være bunden, i andre (1, 2, 4, 5 og 7) taler den ligesaa sterkt for, at han skal være bunden. Forskjellen ligger ikke deri, at det falske motiv i den ene klasse tilfælde er mer bestemmelsesgrund end i den anden. Heller ikke deri, at motivet er udtalt; thi i tilfældene nr. 1 og 2 er motivet udtalt og dog hjælper det ikke, i tilfældene nr. 3 og 6 er det ikke udtalt, og alligevel synes saadan undladelse ikke at skulde skade retshandelsgiveren. Hvad er saa grunden til denne vor billighedsfølelse? Her har Windscheid i det citerede berømte skrift: Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung[4] — opstillet den lære, at motivet bliver kontraktspost (altsaa retslig relevant), naar det for retshandelsmodtageren er kjendeligt som viljebegrænsning hos retshandelsgiveren. Det i almindelighed irrelevante motiv ændrer altsaa sin natur, naar det blir kjendeligt for medkontrahenten som

[1] Disse to eksempler er tagne fra Iherings Jurisprudenz des täglichen Lebens (9de oplag) s. 50—51.

[2] Jfr. Iherings anf. skrift s. 28.

[3] Jfr. Iherings Civilrechtsfälle (7de oplag) s. 151.

[4] Dette verk, der som nævnt udkom i 1850, har givet anledning til megen strid blandt romanisterne, og denne strid har endnu ikke ført til noget endskap. Her er ikke stedet at give nogen dogmehistorisk fremstilling. Det vilde føre for vidt. Dansken H. Munch-Petersen har i sin doktorafhandling: Løftet og dets causa side 70—90 givet en meget læseværdig fremstilling og kritik af Windscheid og hans modstanderes lære. Han har undgaaet den i dette emne ikke usedvanlige ensidighed og har efter min mening fordelt sol og skygge i det væsentlige retfærdigt.

Windscheids lære er maaske heftigst angrebet af Lenel, professor i Strassburg, se hans afhandlinger i Archiv f. d. c. Praxis bd. 74 og 79. Windscheid

viljesbegrændsning hos retshandelsgiveren. I saafald har Windscheid givet motivet navnet forudsætning[1] (Voraussetzung), og dette navn vil ogsaa i det følgende blive benyttet for det retslig relevante motiv ved retshandler inter vivos, forsaavidt det ikke i henhold til det under III udviklede er betingelse.

Forudsætning blir motivet efter Windscheid ikke allerede derved, at det er udtalt, som eksempel 1 og 2 viser. Windscheid er nemlig enig i den afgjørelse, at retshandelsgiveren i disse eksempler er bunden[2]. Er det saaledes i denne henseende ikke tilstrækkeligt, at motivet udtales, er dette paa den anden side heller ikke altid nødvendigt (jfr. eksempel 3). Paa spørgsmaalet, naar et motiv er kjendeligt for medkontrahenten som viljesbegrænsning (med andre ord, naar det bliver til forudsætning i teknisk forstand)[3], har Windscheid givet til svar: Naar retshandelens «erste Absicht»[4] eller «erster Zweck»[5] ikke opnaaes. Saaledes er en betalings «erste Absicht» eller «erster Zweck» at afgjøre en gjeld. Eksisterer ikke gjelden, opnaaes ikke denne hensigt eller dette øiemed. Følgelig maa tilbagesøgning tilstedes. At hermed ingen egentlig forklaringsgrund er given, maa ansees for utvilsomt.

Som Lenel har paavist i sin kritik af Windscheids lære, kan

har kort før sin død taget sin lære i forsvar i samme tidsskrift bd. 78, hvor han i alt væsentligt har fastholdt sin lære.

Lenels kritik i de nævnte afhandlinger indeholder adskilligt berettiget, men ogsaa mange ensidigheder og overdrivelser. Naar han saaledes s. 61 i sin afh. nr. 2 polemiserer mod Windscheids sætning: «Das Motiv ändert seine Natur, wenn es als Willensbeschränkung erkennbar wird», og siger at dette efter Windscheids opfatning af viljesbegrænsning vil hede: «Das Motiv ändert seine Natur, wenn es als Motiv erkennbar wird», saa er dette aabenbart urigtigt og synes at tyde paa en særdeles liden lyst til at sætte sig ind i Windscheids tankegang. Et motiv kan nemlig være kjendeligt som saadant, men ikke som viljebegrænsning, med mindre det er af den art, at modparten vilde have gaaet ind paa at gjøre det til kontraktspost, og det er ingenlunde tilfældet med ethvert kjendeligt motiv, hvad ogsaa Windscheid fremhæver i sin nævnte arkivafhandling. Om Lenel kan i denne henseende siges det samme, som Windscheid l. c. s. 197 siger om den tyske rigsret: «Er kämpft gegen ein Pfantom, er schlägt einen Feind nieder, den er selbst erfunden hat».

[1] Forudsætning bruges saavel om motivet som om den kjendsgjerning, hvorpaa der lægges vægt.

[2] Se hans citerede afhandling i Archiv f. d. c. P. bd. 78 side 169.

[3] I det daglige liv kaldes ethvert bestemmende motiv forudsætning, og paa denne basis angribes stundom Windscheids lære.

[4] Saaledes i sit skrift fra 1850 og senere i sin pandektlærebog (I § 98).

[5] Saaledes i sin arkivafh. — Med «erste Absicht» og »erster Zweck» mener Windscheid det samme.

en retshandels første øiemed forfeiles, uden at det har indflydelse paa dens gyldighed[1].

Jul. Lassèn har i sin haandbog gjengivet Windscheids lære omtrent saaledes: En retshandels gyldighed er betinget af et motivs rigtighed, naar motivet er bestemmelsesgrund og kjendeligt for retshandelsmodtageren som viljesbegrænsning hos retshandelsgiveren paa den maade, at denne, om motivets urigtighed ved retshandelens afslutning var kommet paa tale, vilde have gjort udtrykkeligt forbehold om ikke at være bunden, og retshandelsmodtageren vilde have akcepteret dette forbehold[2]. Med denne formulering kommer vi i virkeligheden ikke stort længer end med Windscheids[3], thi spørgsmaalet bliver nu: Naar vilde et fra rethandelsgiveren stillet forbehold være blevet akcepteret af retshandelsmodtageren?

Zitelmann (professor i Bonn) foreslog paa det tyvende tyske juristmøde, der afholdtes i 1889, omtrent en tilsvarende formulering af forudsætningslæren til optagelse i den tyske borgerlige lovbog. Han troede, at en hjælp «wegen irriger Voraussetzung» vilde være paa sin plads, «wenn in der Willenserklärung eine Voraussetzung kenntlich für den Gegner hervorgetreten ist und wenn anzunehmen war, dass die Parteien aufmerksam gemacht auf den Fall des Nicht-

[1] Lenel ræsonnerer omtrent saaledes: Windscheid siger om sit «første øiemed», at det er det øiemed, som fremkalder retshandelen af intet. Bliver dette ikke opnaaet, er det ligesaa sikkert, at retshandelsgiveren for dette tilfælde ikke har villet retshandelen, som det er sikkert, at ingen uden øiemed vil en retshandel.

Men gjelder ikke dette ogsaa de fjernere øiemed? spørger Lenel, Jo, thi det fjernere øiemed er den aarsag, for hvis skyld det nærmere er villet. Og det kan tænkes tilfælde, hvor det med stor sikkerhed lader sig sige, at retshandelen vilde være indgaaet uden det første øiemed, men ikke uden det fjernere. En onkel betaler f. eks. sin nevøs gjeld, da dennes svigerfader in spe har erklæret, at han ikke vil have ham til svigersøn, medmindre han er gjeldfri. Det er her i og for sig ikke om at gjøre at indfri gjelden. Den betales kun for at aabne nevøen veien til ægteskab. Det er muligt, at onkelen ligefrem har sagt kreditorerne dette. Sæt nu, at han har betalt flere af nevøen for et syns skyld udstedte gjeldsbreve, og at han vilde have gjort dette uden hensyn til, om han havde kjendt deres ugyldighed, skulde da condictio indebiti ikke kunne benyttes? Skulde kreditorerne kunne komme med den indsigelse, at han vilde i hvert fald have betalt? Nei, mener Lenel og med rette. (Se Archiv f. d. civ. Praxis bd. 79 s. 65.

[2] Se hans haandbog s. 78—81, jfr. Aagesens indledning s. 602 flg.

[3] At dette er saa, vil ogsaa indlyse af følgende: Er et af modpartens motiver for retshandelsmodtageren kjendeligt som viljesbegrænsning, maa han akceptere handelen med denne begrænsning. Noget andet vilde enten stride mod tro og love, (naar motivet var erkjendt som viljesbegrænsning) eller bero paa uagtsomhed.

zutreffens der Voraussetzung, das Geschäft unter eine auflösende Bedingung gestellt haben würden».

Han prøver denne formulering paa det ovenfor efter ham anførte eksempel med bogen. Han antager, at hvis han ved bestillingen havde villet tage udtrykkeligt forbehold om at faa levere den tilbage, om den ikke skulde være af juridisk indhold, saa vilde boghandleren have sagt: «Ja, wenn Sie nicht sicher sind, so orientiren Sie sich erst. Aufs Gerathewohl kann ich das Buch nicht kommen lassen». I andre tilfælde finder han, at modparten ligesaa sikkert vilde have gaaet ind paa at afslutte retshandelen under en resolutiv betingelse, men giver ikke nærmere besked om, naar. Professor Ingstad har paa sine romerretsforelæsninger omtalt denne Zitelmanns formulering af forudsætningslæren, men indvender derimod, at man før kontraktsslutningen kan opnaa mange vilkaar, som dog alligevel ikke i kontraktsøieblikket er gjort til nogen del af kontrakten [1].

Heri maa Ingstad visselig gives ret og tager man Zitelmann strengt paa ordet, vil denne indvending ramme. Vi maa imidlertid udtale, at saavel Windscheids som Zitelmanns og Jul. Lassens formulering af forudsætningslæren, indøvet med en række eksempler, dels paa relevante motiver (ↄ: forudsætninger) dels paa irrelevante, vil være istand til at bibringe lærlingen en i det store og hele taget rigtig opfatning af det relevante motivs begreb (ↄ: forudsætningens begreb). Den maaske mindre korrekte formulering vil derfor ikke i synderlig mon kunne føre til urigtige afgjørelser i det praktiske liv. Sagen er nemlig, at de nævnte forfattere har havt den rigtige forestilling om den relevante forudsætnings begreb, men har ikke udtrykkelig fremhævet det moment, som er det afgjørende. Det har gaaet her som saa ofte, at den juridiske følelse har sagt, hvorledes et begreb skal

[1] Som eksempel herpaa kan tjene et tilfælde, som en bonde i Søndfjord forelagde mig for nogle aar siden:

En af hans husmænd og kjære svogre havde fundet paa den for sig meget fordelagtige ide at sætte ud en laksenot udenfor sin strand. Da dette nye paafund ikke forekom husbonden ligesaa fordelagtigt — tvertom, hans eget laksevorpe gav fra den tid paatagelig mindre udbytte — ytrede han for at overbevise mig om sin ret til at forbyde husmanden laksefiskeriet: «Eg kunde, daa eg bygsla honom plassen, ha forbehalde meg, at han ikkje skulde setja ut laksenot».

Denne bondes ræsonnement er ogsaa af interesse, forsaavidt det viser, at det fra et lægmandsstandpunkt ikke er noget fremmed og ufatteligt at operere med, hvad man ved kontraktens afslutning vilde have bestemt, om et forhold da var kommet paa tale.

bestemmes, men naar man skal gjøre sig rede for begrebsmomenterne, saa staar man fast og finder dem ikke[1].

VI. Alt i begyndelsen af denne § (se under II) nævnte vi det i denne henseende afgjørende moment. Vi sagde: Retshandelsgiveren faar i almindelighed selv overtage risikoen for, om den motiverende kjendsgjerning holder stik eller ikke. Nu kan det imidlertid undtagelsesvis hænde, at retshandels modtageren bærer resikoen for den kjendsgjerning, som har motiveret retshandelsgiveren til at indgaa retshandelen. Og forsaavidt og saa langt som retshandelsmodtageren har risikoen, vilde han som en god og forstandig mand være gaaet ind paa at gjøre vedkommende kjendsgjerning til udtrykkelig kontraktspost, om saadant var kommet paa tale.

Det er Bolze, medlem af den tyske rigsret, som har æren af først at have fremhævet risikomomentet i denne sammenhæng[2].

[1] Dette hænder ikke blot i jurisprudensen, men ogsaa i andre videnskaber, for ikke at tale om i det daglige liv. Man skal f. eks. ikke være mange aar gammel, før man praktisk kjender forskjellen paa at gaa og at springe. Man kan let sige, om en mand gaar eller springer, men spørger man efter, hvori egentlig forskjellen mellem disse to maader at bevæge sig paa ligger, saa vil man ikke i et af ti tilfælde faa et rigtigt svar. Man kjender m. a. o. begrebet gaa og begrebet springe, men begrebskjendetegnene har man ikke bevidst, kun ubevidst tilegnet sig.

[2] Se hans Afhandling: Zur Lehre von den Kondiktionen i Archiv für die civ. Praxis bd. 78 s. 457—58 (1892). De eksempler, hvormed Windscheid har belyst sin lære, viser at han i virkeligheden, om end ubevidst, bygger paa samme moment. Særlig tydelig kommer dette frem ved hans omtale af det under IV nr. 3 citerede eksempel. I sin polemik mod den tyske rigsoverhandelsret, der dømte indstevnte til at betale de tegnede 3 aktier, siger han: «Indstevnte er ophørt at være generalagent i kraft af en feil, som klæbede ved foretagendet (Pakkeforingsselskabet) selv» (og hvorfor dette altsaa havde at hefte, da det for saadan feil maatte bære resikoen, jfr. vor sjølovs § 142 i. f. og nedenfor s. 43).

Windscheids anskuelse, at motivet er forudsætning (i teknisk forstand) naar det danner retshandelens første hensigt eller første øiemed er altsaa i virkeligheden kun et ufuldkomment udtryk for, at det er forudsætning, naar retshandelsmodtageren har risikoen. Ubevidst har han havt dette moment for øie ved afgjørelsen af, hvilket motiv, der er retshandelens «erste Absicht». Heraf kommer det, at vi saa let kan være enig i hans afgjørelser af de eksempler, som han benytter. Dog gjelder ikke dette alle. Thi netop det spørgsmaal, om den ene eller den anden part har risikoen, kan ofte være tvilsomt (se herom senere). Et af de eksempler, som vi finder Windscheid har afgjort urigtigt, findes i arkivafhandlingen note 73: Nogen kjøber værdipapirer i den «erklærte forudsætning,» at de stiger i pris. Dette tilfælde kan ikke afgjøres anderledes, end om nogen kjøber et lotterinummer i den «erklærte forudsætning», at han skal vinde det store lod. I begge tilfælde faar kjøberen efter retshandelens natur overtage risikoen, dersom ikke noget andet udtrykkelig er

Jul. Lassen finder, at den omstændighed, at retshandelsgiveren hos retshandelsmodtageren har vakt en berettiget tillid til, at den motiverende kjendsgjerning virkelig existerer, er et andet moment, som har betydning ved siden af risikomomentet, til at gjøre den motiverende kjendsgjerning til forudsætning[1]. Dette er imidlertid ikke et nyt, selvstændigt synspunkt, men kun en speciel anvendelse af risikosynspunktet. Er nemlig forholdet det, at retshandelsgiveren ved sin tillid-vækken maa antages at have paataget sig risikoen for vedkommende kjendsgjerning, saa er denne tillid-vækken relevant, men kun fordi den har indflydelse paa, hvem der har risikoen.

I det udviklede ligger, at ikke ethvert forbehold, som retshandelsgiveren ved retshandelens indgaaelse med nytte kunde have gjort om, at en motiverende kjendsgjerning skal være kontraktspost, kan komme i betragtning som saadan[2]. Dette vil kun være tilfældet, naar retshandelsmodtageren vilde have gaaet ind paa at gjøre vedkommende kjendsgjerning til kontraktspost af den grund, at han, ikke retshandelsgiveren, bærer risikoen for den. Ja, dette sidste ɔ: hvad retshandelsmodtageren af den nævnte grund vilde have gaaet ind paa, er egentlig det afgjørende, saa vi deraf udleder, hvilke forbehold retshandelsgiveren vilde have gjort.

VII. Den fremstillede lære skal vi praktisk prøve paa 2 eksempler, som er benyttet som indvending mod visse formuleringer af forudsætningslæren.

1) Professor Ingstad anfører i sine kontratrykte forelæsninger følgende eksempel mod Zitelmanns formulering: Man bestiller hos en skrædder en vinterfrakke med forbehold om, at boet ikke skal være pligtig at modtage frakken, hvis man skulde dø inden dens levering. Naturligvis vil skrædderen gaa ind herpaa (d. v. s. uden forhøielse af vederlaget, thi ellers vilde eksemplet ikke kunne benyttes som indvending mod Zitelmann). Men ligesaa naturligt er det, at et saadant forbehold ikke kan antages uden at være udtrykkelig betinget.

Naar vi lader risikomomentet være det afgjørende for, hvad

gjort til betingelse. At ordet forudsætning er brugt, gjør heri ingen forskjel, da dette ord i det daglige liv ikke har nogen anden betydning end motiv.

Lenel, der saa skarpt har kritiseret Windscheids lære, nævner udtrykkelig i sin omtale af det ovenfor under IV nr. 3 anførte eksempel «die Gefahr» som afgjørende moment, men synes forøvrig ikke at drage sig dette til nytte. Se hans afhandling i Archiv f. d. civ. Praxis bd. 79, s. 89.

[1] Forudsætningsvis udtalt af ham i tidsskrift f. retsv. VIII s. 298.

[2] Jfr. Unger i Iherings Jahrbücher 30 s. 376: «Quod antea fuit voluntatis, nunc est necessitatis (jfr. 17—3 D. 13—6).»

parterne vilde have fastsat, om de skulde have fattet en bestemmelse med nævnte eventualitet for øie, er sagen klar. Bestilleren staar nemlig risikoen for eventualiteten: sin egen død. Det nævnte forbehold kan derfor ikke antages uden udtrykkelig at være aftalt, og det uden hensyn til, hvad bestilleren kunde have opnaaet, om han ved bestillingen havde bragt sin død som opløsende betingelse paa bane.

2) Her bringes i erindring det s. 33 n. l. gjengivne eksempel af professor Lenel, om onkelen, som betaler sin nevøs gjeld for at aabne denne veien til ægteskab med en bestemt dame. Kreditorerne har risikoen for, at de skal have pengene hos nevøen, men ikke for, at onkelen opnaar sin hensigt med betalingen at faa nevøen gift med vedkommende dame. Den risiko faar han selv staa. Derfor har han tilbagesøgningsret, om det viser sig, at han har betalt ikke-skyld, men ingen tilbagesøgningsret. om hensigten at faa nevøen gift ikke opnaaes.

Om man gaar ud fra, at dette eksempel rammer Windscheids «erster Zweck», saa rammer det ialfald ikke den her forfægtede forudsætningslære.

VIII. Ved med Bolze at inddrage risikomomentet har vi faaet en begrundelse for, at falske motiver kan gjøre en retshandel uforbindende. Udviklingsgangen var: Retshandelsgi veren staar i almindelighed selv risikoen for den motiverende kjendgjernings rigtighed. Motiverne er derfor i almindelighed retslig irrelevante. Men undtagelsesvis har ikke retshandelsgi veren, men retshandelsm odtageren denne risiko. Grunden til, at motivet i almindelighed erklæres retslig irrelevant, falder da bort, og dermed maa det faa betydning ɔ: blive forudsætning for retshandelens forbindende kraft. Denne argumentation synes bindende, naar vi ikke har nogen retshjemmel til at udelukke den[1].

Hermed er vi komne et stykke paa vei, men vi har ikke alle vanskeligheder bag vor ryg, og vi maa være forberedt paa, at man vil sige, at dette ikke er at fjerne tvilen, kun at flytte tvilens mark.

[1] Var den rigtig den filosofiske opfatning (omtalt hos Goos: Alm. retslære II s. 516), at bevæggrundene ikke er aarsag i beslutningerne, men at viljen træder imellem og beslutter uafhængig af aarsagsloven, saa kunde man sige, at vort ræsonnement ikke var bindende. Thi man kunde jo da paastaa, at man ikke uden positiv hjemmel for det modsatte kunde antage, at en kjendsgjerning skulde have indflydelse paa et forhold, hvortil den efter rigtig filosofisk betragtningsmaade ikke staar i aarsagssammenhæng. Ialfald kunde man sige dette, om man tillige hyldede den zitelmannske metode, der er omtalt i § 7.

Det spørgsmaal opstaar nemlig: Efter hvilke synspunkter skal det afgjøres, om retshandelsgiveren eller retshandelsmodtageren bærer risikoen for den motiverende kjendsgjerning? Og det skal straks indrømmes, at det ofte vil være meget vanskeligt at afgjøre dette, ja man kan stundom i denne henseende være fristet til at operere med, hvad parterne som gode og forstandige mennesker vilde have bestemt, om de ved retshandelens indgaaelse havde havt dette moment for øie, og da kunde man let sige, at vi bevæger os i en cirkel og ikke er komne længere ved at inddrage risikomomentet, end man før var kommen. Dette er dog en indvending, som i virkeligheden har mindre vegt, end den ved første øiekast synes. Thi for det første har vi en hel del tilfælde paa det tørre, hvor det er ganske utvilsomt, hvem der bærer risikoen. For det andet kan man vistnok med større sikkerhed udfinde, hvad parterne som gode, forstandige og med retslivets tarv fortrolige mænd vilde have bestemt om risikospørgsmaalet, end hvad de direkte vilde have bestemt om bundethed eller ikke-bundethed for det tilfælde, at den motiverende kjendsgjerning ikke skulde holde stik[1]. Hertil kommer, at der vedkommende en retshandel, der netop har risikoen til gjenstand (assurance), kan paavises en lovbestemmelse, der henviser til, hvad en af parterne maa antages at have villet gaa ind paa, om han havde kjendt en vis kjendsgjerning. Her sigtes til sjølovens § 244 (jfr. §§ 241 og 243 samt motiverne s. 309—12)[2]. Om denne bestemmelse merkes, at vi for det tilfælde, den normerer, vistnok ikke

[1] Det er i denne § før antydet, at Windscheid ved bestemmelsen af, hvad der skal gjelde som en retshandels første hensigt eller øiemed egentlig har havt risikomomentet for øie, men da dette var mer ubevidst end bevidst, kan man ikke undre sig over, at han i sine afgjørelser af praktiske tilfælde undtagelsesvis har taget feil og antaget en forudsætning, hvor der i virkeligheden kun foreligger et retslig irrelevant motiv.

[2] Tanken i den citerede lovbestemmelse er, at forsikringsgiveren mod en vis præmie overtager en vis risiko. Er de opgaver urigtige, hvorefter risikoens størrelse beregnes, er risikoen ikke overtagen ɔ: forsikringen er uforbindende, selv om forsikringstageren var i god tro. Dog er forsikringen forbindende for en del af den assurerede interesse, dersom opgaven for denne dels vedkommende er rigtig, medmindre det efter en objektiv maalestok maa antages, at forsikringsgiveren ikke engang for denne dels vedkommende vilde have overtaget forsikringen (d. e. risikoen) paa de for det hele vedtagne betingelser, hvis han havde kjendt det rette forhold.

Som eksempel refereres i motiverne paa anførte sted en forsikring paa 1000 sække gods. Oplyses det ikke, at 100 af disse føres paa dek, bliver forsikringen uforbindende for disse 100's vedk., men ikke saa for de øvrige 900, som føres under dek, medmindre det maatte skjønnes, at forsikreren havde havt grund til at afslaa den hele forsikring, om han havde vidst at der førtes dekslast,

vilde være komne til noget andet resultat, om den havde manglet. Den maa nemlig rettest opfattes som udslag af en almindelig retsgrundsætning. Derfor af saa stor interesse for vort emne.

IX. Som under VIII bemerket, staar vi foran det spørgsmaal, efter hvilke synspunkter det skal afgjøres, naar retshandelsmodtageren har at bære risikoen for den hos retshandelsgiveren motiverende kjendsgjerning. Som der antydet, er dette et theoretisk meget vanskeligt spørgsmaal, og ogsaa i praksis kan man støde paa mange tilfælde, hvor man vil staa tvilende[1]. Her kan ikke forsøges paa at give en endog nogenlunde indgaaende behandling af emnet. Almindelige regler er nemlig vanskelige at opstille[2], og at give en indgaaende kasuistisk fremstilling vilde sige at tage for sig ialfald de mest almindelige retshandler og undersøge, hvor risikoen for de i det mindste mest sedvanlige motiverende kjendsgjerninger skulde ligge. Dette vilde selvfølgelig være ugjørligt her.

Det følgende maa derfor ansees som enkelte strøbemerkninger og opfattes cum grano salis.

Staar vi foran et praktisk tilfælde og skal træffe en afgjørelse, maa vi i mangel af nogen positiv retsbestemmelse se hen til, om forretnings- eller fagsedvaner kan yde nogen veiledning[3]. Endelig maa man undersøge, om den hos retshandelsgiveren motiverende kjendsgjernings ikke-indtræffen vilde have grebet ind i retshandelsmodtagerens formuessfære i det tilfælde, at der ikke havde været tale om den individuelle retshandel, hvis gyldighed, der spørges om. Er dette tilfældet, maa han ialmindelighed bære risikoen.

Vilde derimod retshandelsmodtagerens formuessfære ikke være bleven berørt ved, at forestillingen om den hos retshandelsgiveren motiverende kjendsgjerning overhovedet ikke havde opstaaet i menneskelig tanke, saa kan retshandelsmodtageren umulig bære risikoen.

eller ialfald til at kræve høiere præmie for den hele last, altsaa ogsaa for rumlasten.

Denne bestemmelse viser, at det er en for vor ret ikke fremmed betragtningsmaade at operere med, hvad man maa antage at have villet gaa ind paa (hvilken risiko, man vilde have overtaget) ved retshandelens afslutning, om man da havde kjendt den rette sammenhæng.

[1] Er jo reglerne for, hvem der bærer risikoen, for den solgte, men ikke traderede tings forringelse og undergang, heller ikke uomtvistede.

[2] D. v. s., naar man ikke vil nøie sig med kun at henvise til «die Auffassung des Lebens» uden nærmere at spørge efter, hvilke hensyn der bestemmer denne livets opfatning. Jfr. saaledes f. eks. Regelsberger: Pandekten I s. 528.

[3] Jfr. § 6.

Hvorvidt det sidste eller det første vil være tilfældet, vil — ialfald regelmæssig — bero paa, om den motiverende forestilling er et for retshandelsgiveren individuelt motiv, eller om enhver, der overhovedet med rimelighed kan forudsættes at have villet indgaa retshandelen, vilde have havt et identisk — ikke blot et tilsvarende — motiv.

Anvendes dette paa nogle af de under IV nævnte eksempler vil vi finde, at i det under 9 omtalte tilfælde, vil retshandelsmodtagerens formuessfære i høieste grad blive berørt ved, at den motiverende kjendsgjerning — kongeindtoget — ikke finder sted. Leieværdien af hans vinduer beror jo alene paa, at dette tog finder sted. Havde forestillingen om denne kjendsgjerning aldrig opstaaet i menneskelig tanke — d. v. s., havde man altid vidst, at der intet kongeindtog blev af — vilde han (udleieren) aldrig opnaaet nogen vinding ved at udleie vinduerne. Vindingen her er et lucrum ex hoc facto og maa falde med dette. Forestillingen om kongeindtoget er altsaa et retslig relevant motiv (ɔ: forudsætning).

Man kunde maaske ville indvende, at havde ikke A (den tænkte retshandelsgiver) leiet, vilde B, C eller D have gjort det. Ja, det kan saa være, men da vilde jo det samme spørgsmaal have opstaaet; thi forestillingen om kongeindtoget er ikke et for A individuelt motiv, men B, C eller D vilde have havt det identiske motiv[1].

Tænker vi os derimod, at kongeindtoget virkelig fandt sted, men A ikke kom til at benytte de leiede vinduer, fordi han lige iforveien døde af slag, da vilde indvendingen slaa til. A's bo maatte da betale leiesummen; thi B, C eller D, som kanske vilde have leiet, dersom A ikke havde gjort det, vilde vistnok have havt et tilsvarende motiv (ɔ: at de ikke kom til at dø, før de fik benytte vinduerne), men ikke det identiske motiv (ɔ: at A ikke kom til at dø, før han fik benytte vinduerne).

Anvender vi det samme ræsonnement paa eksempel 3 paa anførte sted, vil vi komme til det resultat, at den ansatte generalagent maa frifindes for at betale de tegnede aktier. I tilfælde 4 maa han derimod staa ved handelen. Hans (kjøberens) motiv var individuelt; sælgerens udnyttelse af sit hus som omsætningsgjenstand var ikke afhængig af, at den tilfældige kjøber (generalagent) vedblev i sin egenskab af generalagent for pakkeføringsselskabet. I de andre

[1] En ikke tilstrækkelig begrundelse er det, om man vilde sige, at retshandelen i dette tilfælde er uforbindende for leietageren, fordi udleieren ikke kan præstere kontraktsgjenstanden. Thi her spørges netop, om den egenskab ved vinduerne, at kongeindtoget derfra kan sees, hører med til kontraktsgjenstandens egenskaber eller ikke.

nævnte tilfælde vil vi let ved hjelp af samme ræsonnement komme frem til et tilfredsstillende resultat.

I tilfældene 1 og 2 vil vi straks finde, at retshandelsmodtagerens (henholdsvis snedkerens og sælgerens) omsætning af deres formuegoder (arbeidskraft og hest) ikke er afhængig af den individuelle retshandel, som de tilfældigvis havde indgaaet. Derfor maa retshandelsgiveren bære risikoen for den motiverende forestillings rigtighed. Følgelig er han bunden, om denne forestilling viser sig at være falsk. I tilfælde 8 vil ogsaa spørgsmaalet, om retshandelsgiveren (Kristianiagrossereren) maa betale leien, være afhængig af, om udleieren efter en fornuftig betragtningsmaade i kontraktsøieblikket kunde forudsættes at ville komme til at disponere over husets leieværdi til nogen, der vidste, at kopperne kom til at rase i bygden under leietiden. Da det maa antages, at han ikke kunde have gjort dette, maa han staa risikoen. Retshandelsgiveren (in casu leieren) er derfor ikke bunden.

Ved at anvende den samme tanke[1] kan vi paa naturlig maade theoretisk forklare os mange tilfælde, som man ofte, men med urette benytter for at slaa forudsætningslæren af marken.

Her skal nævnes:

1) A giver til et veldædigt øiemed 5 000 kroner i sin glæde over den, som det senere viser sig, falske efterretning, at han har faaet en arv paa 100 000 kroner. Vi sætter, at han fortæller grunden til sin liberalitet. Han kan alligevel ikke søge det ydede tilbage, thi hans motiv var individuelt. En anden, som vilde have givet 5 000 kroner, behøvede ikke at have havt det identiske motiv, ikke engang et tilsvarende. Havde han derimod som arving i kraft af et testament, der senere omstødes, betalt et i dette paalagt legat paa 5 000 kroner, havde han havt condictio indebiti. Thi enhver anden, der betaler en gjeld, gjør det i den forestilling, at der eksisterer en betalbar forpligtelse (det identiske motiv).

   Men naar A betaler B's gjeld i den feilagtige tro ligeoverfor ham at være forpligtet dertil, har han ingen tilbagesøgningsret. Thi hans motiv er ligeoverfor kreditor (retshandelsmodtageren) individuelt. En anden, der maaske vilde have betalt B's gjeld, behøvede ikke at have gjort det af samme grund.

2) A giver sin formentlige kreditor en gave, et laan til billige renter eller afslutter med ham et ufordelagtigt kjøb etc., fordi

[1] Vi siger tanke for at tilkjendegive, at vi lægger mere vægt paa tanken selv end paa en mer eller mindre angribelig formulering af tanken.

han tror sig afhængig af dennes naade[1]. Her er det sikkert, at der handles om et individuelt motiv, der ingen indflydelse har. Derfor ingen tilbagesøgningsret, om vedkommende person ikke var kreditor.

3) Forpligter man sig til at yde et laan til eie, kan retshandelsmodtageren ikke kræve laanet udbetalt, hvis han gaar konkurs eller overhovedet bliver insolvent, medmindre han stiller betryggende sikkerhed[2]. Den, som yder et laan, vil nemlig ikke give nogen gave. Der handles her altsaa ikke om noget individuelt motiv, da enhver anden, der vilde yde laan, vilde have det samme motiv. Derfor vil laantagerens solvens paa opfyldelsestiden være forudsætning for laaneretshandelens forbindende kraft.

Saaledes overhovedet, hvor der indgaaes en retshandel, der paa grund af retshandelsmodtageren vedkommende omstændigheder, som retshandelsgiveren ved retshandelens indgaaelse ikke kjendte til, vilde blive en retshandel af en ganske anden økonomisk beskaffenhed[3].

X. Som vi ser, lader denne tanke sig praktisk anvende, og som det synes med et for retsfølelsen — og den maa vi i dette emne spørge vel saa meget til raads som forstanden, der kan være formørket ved falske theorier[4] — tilfredsstillende resultat. Vi maa derfor spørge, om den ikke har støtte i lovgivningen eller i praksis.

Vi kan i lovgivning og praksis ad to veie hente styrkelse for den fremsatte tanke eller det fremsatte princip — for at bruge et maaske bedre ord —.

For det første styrkes det, naar lovgivning eller praksis paalægger retshandelsmodtageren risikoen for en kjendsgjerning, der vilde have grebet ind i hans formuessfære ogsaa bortseet fra den indgaaede retshandels eksistens.

For det andet, naar retshandelsgiveren paalægges risikoen for rigtigheden af den motiverende kjendsgjerning, naar den ikke vilde have hindret retshandelsmodtageren fra at disponere over sit formuegode

[1] Eksemplet af Lenel i Archiv f. d. civ. Praxis bd. 79 s. 64. Naar Lenel l. c. med dette eksempel angreb det tyske civillovudkasts formulering af regelen om condictio indebiti, saa synes han at have glemt, at enhver selv den bedst formulerede lovs rigtige forstaaelse forudsætter en vis forstand.

[2] Jfr. Aubert: Obl. sp. d. I s. 344.

[3] Heri ligger den virkelige grund til, at en retshandel bliver uforbindende formedelst error in motivis in negotio.

[4] Jfr. Ihering i sine Jahrbücher 4 s. 112.

ad omsætningsvei, selv om urigtigheden af den hos retshandelsgiveren motiverende kjendsgjerning paa forhaand havde været kjendt.

Hvad lovgivningen angaar, vil vi finde, at i den vigtigste privatretslige lov, vi har faaet siden lovbogen — sjøloven — erholder vort princip støtte i begge retninger, om end — hvad man paa forhaand ogsaa kunde tænke — sjøloven af særskilte dens gjenstand vedkommende hensyn gaar videre, og det i begge retninger.

I første retning paaberaabes dens § 142 (jfr. § 151), der lader retshandelsmodtageren (in casu befragteren) bære risikoen for tingens forringelse eller undergang, naar den har sin grund i «indre bedærvelse, svinding, sedvanlig udlækning, dyrs død eller iøvrigt af godsets egen beskaffenhed». Som vi ser, udslag af den tanke, at den, der ellers vilde have baaret risikoen for en vis kjendsgjerning, maa ogsaa gjøre det, om en retshandel er indgaaet[1]. For den enkelte bortfragter er det intet individuelt motiv til overtagelse af den forpligtelse at udlevere tingen i uskadt stand, at den af disse aarsager ikke gaar tilgrunde. Enhver anden bortfragter vilde have havt det identiske motiv.

Fremdeles nævnes sjølovens §§ 63 (jfr. 65) og 159, der dog gaar videre, end vi efter vort princip vilde være berettiget til at gaa, men det skader os jo ikke.

Ser vi paa § 63, vil vi finde, at den paalægger retshandelsmodtageren (skipperen) risikoen for begivenheder, der vilde have hindret hans skippervirksomhed, selv om han havde forhyret sig med et andet skib[2] (krig, blokade, embargo), og det passer jo udmerket. At han derimod ogsaa skal staa risikoen for den begivenhed, at skibet ved kasus bliver usjødygtigt, er en singularitet, der ikke kunde antages uden positiv lovhjemmel.

Ser vi paa § 159, vil det samme vise sig. At f. eks. befragteren er fri for at svare erstatning, naar kontrakten hæves paa grund af, at ladningen — ikke tillige skibet, thi da er jo sagen klar —

[1] Dersom nogen vilde øve sig i spidsfindigheder, kunde han maaske her faa anbragt følgende sætning: «Ja, men dette vilde jo føre til, at sælgeren maatte bære risikoen for den solgte ting ogsaa efter salgets fuldbyrdelse, naar den gaar til grunde af de i teksten nævnte aarsager». At dette ikke rammer, anser vi det for tiden for overflødigt at eftervise.

[2] Dette er i grunden en god prøve paa, efter hvilke hensyn det skal bestemmes, om et motiv er af individuel eller almen beskaffenhed. Krig, der gjør norske skibe ufri, behøver ikke at gjøre andre landes skibe ufri. Men hertil kan en norsk skipper ikke tage hensyn. Regelmæssig forhyres han kun med norske skibe.

bliver ufri ved udbrudt krig, følger ogsaa af vort princip, forsaavidt ladningen bliver ufri af grunde, der angaar ladninger i almindelighed. Ikke derimod, om ladningen bliver ufri paa grund af dens individuelle beskaffenhed (f. eks. fordi den bestaar af krigsmaterialier til en stat, der pludselig er geraadet i krig[1].

I sidste retning bør merkes dens § 169, der bestemmer, at en passager maa betale fragten, selv om han ved død, sygdom eller andet forfald[2] bliver hindret fra enten overhovedet at tiltræde reisen eller at følge med helt frem. Tanken her er, at han har lagt beslag paa en plads paa skibet, som man ellers havde havt ret til at disponere over til andre. Passagerens (retshandelsgiverens) motiv (at han kan foretage reisen) er altsaa individuelt og retslig irrelevant. Dette stemmer saaledes med vort princip, der jo ogsaa paalægger ham risikoen for, at en slig motiverende forestilling holder stik. Paragrafen er imidlertid af speciel og vilkaarlig natur, forsaavidt den bestemmer, at kun halv fragt skal betales, om forfaldet anmeldes før reisens tiltrædelse[3].

Hvad praksis angaar, saa kan det eftervises, at høiesteret i første retning — og det er det afgjørende — har hævdet en opfatning, der fastslaar vor lære om risikoen.

Her sigtes fornemmelig til høiesteretsdom af $^{1}/_{3}$ 1853[4] og do. af $^{5}/_{8}$ 1895[5].

Den første dom, der er meget bekjendt og almindelig citeret, angik et kjøb af en hest, der alt ved kjøbets afslutning, led af

[1] I samme retning kunde tidligere paaberaabes § 11 i lov angaaende foranstaltninger i anledning af ondartede smitsomme sygdomme blandt husdyrene af $^{20}/_{5}$ 1882. Denne § bestemte nemlig, at kjøberen havde ret til at fordre handelen ophævet, naar han havde kjøbt et dyr, der led af ondartet smitsom syge, og det om sælgeren var uvidende om dyrets tilstand.

Denne § er vistnok ikke gjentaget i den nyeste lov om emnet af $^{11}/_{7}$ 1894, men dette kan vi tage os temmelig let, da praksis har gaaet videre. (Se nedenfor).

[2] Bestemmelsen er hentet fra den tyske sjølovs art. 668, hvis redaktion — «stirbt oder durch Krankheit oder einen anderen in seiner Person sich ereignenden Zufall zurückzubleiben genöthigt wird» — forsaavidt her understreget bør merkes.

[3] Aubert nævner i sin obligationsrets sp. d. II s. 9 denne §, men hylder en diametralt modsat opfatning af den, idet han finder den «speciel og vilkaarlig», fordi den bestemmer, at der under de nævnte omstændigheder overhovedet skal betales fragt, enten hel eller halv. Rigtigheden heraf kan umulig indsees. Eller hvilke særskilte sjøretslige forholde skulde i dette tilfælde retfærdiggjøre en bundethed, der ellers ikke skulde være paa sin plads?

[4] Refereret i repert. III, 1 s. 472 og i retst. 1853 s. 353.

[5] Retst. 1895 s. 703.

kversill og døde nogle dage efter af denne sygdom. Kjøberen fik ret i sin paastand paa, at handelen skulde gaa om.

Den sidste dom angik et leieforhold. Et landhandleri, hvortil der kun var adgang over en udleieren ikke tilhørende brygge, var udleiet. Da bryggen blev nedrevet, blev landhandleriet uden adkomst, altsaa ganske uskikket for sit øiemed. Overretten antog, at leietageren kunde fragaa kontrakten paa grund af bristende forudsætninger.

Høiesteret fandt, at det var uagtsomhed, at udleieren ikke havde gjort opmerksom paa, at landhandleriet ingen ret havde til at kræve den omhandlede adkomst opretholdt, og paalagde i henhold hertil udleieren at svare endog skadeserstatning.

At høiesteret in casu byggede domsresultatet paa uagtsomhed, lægger vi ingen vægt paa. Sikkert er — og det er det, som det her kommer an paa — at høiesteret har paalagt retshandelsmodtageren risikoen for en begivenhed, som ogsaa bortseet fra den individuelle retshandel vilde have grebet ind i hans formuessfære, da enhver, der vilde have leiet landhandleriet vilde have havt det samme motiv, ɔ: at det havde adkomst.

Den først citerede dom er i denne henseende kanske skarpere. Det er her klart for alle og enhver, at den hos retshandelsgiveren (kjøberen) motiverende forestilling (at hesten ikke led af kversill) ikke var noget individuelt motiv for ham, — at tvertom enhver anden ogsaa vilde have havt det samme motiv. Her handles altsaa om en kjendsgjerning, der vilde have grebet ind i retshandelsmodtagerens formuessfære ogsaa uden hensyn til den individuelle retshandel, der tilfældigvis var indgaaet[1].

XI. Under IX har vi nævnt det hovedmoment, som kommer i betragtning for bedømmelsen af, naar retshandelsmodtageren bærer risikoen for rigtigheden af retshandelsgiverens motiv.

Under X har vi søgt at føre bevis for, at dette moment har støtte saavel i lovgivning som i praksis.

Imidlertid gives der endel andre momenter, som ogsaa kan komme i betragtning, dels som hjælpemomenter, hvor hovedmomentet allerede vilde slaa til, dels som selvstændige momenter. Af saadanne momenter hidsættes følgende:

1) Det vil i denne henseende have en vis betydning, hvem der har lettest for at bedømme, om den motiverende kjendsgjerning vil indtræde eller har indtraadt. Den nemlig, der har lettest for at gjøre det, kan under ellers lige omstændigheder beregne

[1] Af andre domme, der styrker vor lære, merkes især høiesteretsdom i retst. 1892 s. 483.

sig mindre godtgjørelse for at staa risikoen end modparten. Det vil derfor stemme bedst med parternes gjensidige interesseforhold, at han har risikoen[1] [2].

2) Fremdeles den større eller mindre sikkerhed, hvormed parterne gaar eller kan gaa ud fra rigtigheden af retshandelsgiverens motiv. Denne større eller mindre sikkerhed vil nemlig efter omstændighederne influere paa vederlagets størrelse. Saaledes i det af Windscheid[3] nævnte eksempel om den, der kjøber et grundstykke i den forventning, at det ved et i udsigt stillet gadeanlæg kan anvendes til byggetomter. Har parterne anseet det for ganske sikkert, og er kjøbesummen i henhold hertil væsentlig blevet influeret af det forventede gadeanlæg, vil kjøberen kunne fragaa handelen, om gadeanlægget ikke kommer istand. Ellers ikke.

3) Som før anført vil det, at retshandelsmodtageren har vakt tillid til, at den hos retshandelsgiveren motiverende kjendsgjerning vil indtræde, efter omstændighederne faa betydning paa spørgsmaalet, om han har risikoen. Det kræves dog, at tilliden er vakt ved retshandelsoptræden. Naar saaledes nogen erklærer, at han ikke vil leie en bekvemmelighed, medmindre han sikkert vidste, at det ovenfor liggende grundstykke ikke blev bebygget[4] og udleieren erklærer, at dette sikkert ikke vil ske, og giver erklæringen eftertryk ved at sige, at han kjender eierens hensigt med grundstykket ganske nøie, da maa han (udleieren) have paataget sig risikoen for, at dette motiv slaar til[5].

En saadan relevant tillid-vækken maa man især maatte antage i tilfælde, hvor det staar i retshandelsmodtagerens magt at lade retshandelsgiverens motiv opfyldes, uagtet han ikke har paataget sig nogen forpligtelse dertil[6]. Naar f. eks. A under

[1] Saaledes faderen, der bestiller udstyr til sin forlovede datter.

[2] Jfr. hermed Munch-Petersen: Loftet og dets causa s. 88.

[3] Archiv f. d. c. P. bd. 78 s. 164.

[4] Frit efter Lenel i Archiv f. d. c. P. bd. 79 s. 60.

[5] Som eksempel fra praksis paa relevant tillid-vækken nævnes en interessant høiesteretsdom i retst. 1882 s. 765.

[6] Overalt og saaledes ogsaa her maa man passe paa, om lovgivningen gjør nogen speciel undtagelse. Et eksempel, der ikke strengt hører hid, skal nævnes, fordi det er saa illustrerende: Efter det i teksten fremholdte maatte vi antage, at gjensidige testamenter var korrespektive. Dette udelukkes imidlertid ved arvelovens § 59. Ved at paalægge den ægtefelle, der vil forandre eller tilbagekalde et saadant testament, den pligt at underrette den anden ægtefelle derom, synes den nemlig at bestemme, at gjensidige testamenter ikke er korrespektive.

forespeiling af paa en eller anden maade f. eks. i sit testament at ville betænke B, (uden dog at overtage nogen forpligtelse dertil) og derved bevæger B til at udføre tjenester, som denne pleier at faa betalte og A pleier at betale, vil B kunne anlægge søgsmaal til indtale af et passende[1] vederlag, om den forespeilede tilvendelse ikke finder sted.

4) Der maa ogsaa tages hensyn til, om anomali i de almindelige retsregler vilde indtræde, om vi skulde lade retshandelsmodtageren bære risikoen. Man kunde f. eks. finde, at det vilde være rimeligt, at laantageren bar risikoen for den omstændighed, at ikke laangiveren fik brug for tingen i den fastsatte laanetid[2]. Dette kan ikke antages, fordi herved vilde anomali i den regel, at retshandelsgiverens forandrede forhold ikke har indflydelse paa retshandelens forbindende kraft for ham, indtræde[3].

Saadan anomali maa lovgiveren selv bestemme[4].

5) Endelig kan det tænkes at komme i betragtning, at retshandelsmodtageren har lettest for at bære risikoen, fordi han indgaar en saa stor mængde retshandler af den betræffende art, at risikoen ved, at retshandelsgiverens motiv i det enkelte tilfælde skulde slaa feil, fordeles paa det overveiende antal tilfælde, hvor det ikke slaar feil, medens det vilde være ulige haardere for retshandelsgiveren, om han skulde staa risikoen[5].

Da denne sætning ikke opstilles som sikker, kan følgende konsekvens vistnok heller ikke doceres som sikker ret, men det skulde undre os meget, om ikke udviklingen kommer til at gaa i den retning. Vi har nemlig det tilfælde for øie, at man i et magazin kjøber en ting, hvis brugbarhed afhænger af, at den passer for vedkommende individ med hensyn til størrelse etc. Kjøber jeg f. eks. i et skotøimagazin et par færdige sko eller kaloscher uden at prøve dem og uden at aftale, at jeg skal faa bytte, om de ikke passer, saa synes jeg alligevel at burde have ret til at fordre det. Jeg ser bort fra, at ingen fornuftig

[1] Dette bestemmes efter, hvad A ellers maatte have betalt for dette arbeide. Jfr. 65—7 D. 12—6.

[2] Saaledes i flere fremmede love, f. eks. schweiziske obligationsretslov art. 326 i. f. og den preussiske landret I—21 §§ 235 og 236.

[3] Et eksempel paa anvendelse af dette moment findes nedenfor under afsnit VI i dette kapitel.

[4] Jfr. i den retning n. l. 3—13—1, l. af 15/6 1881 § 8 og sjølovens § 85, 1. passus.

[5] Et interessant eksempel paa, hvem risikoen for en kjendsgjerning skal paahvile, findes i 25—4 D. 19—2. Dette kildested hører vistnok ikke direkte hid, men har dog sin interesse ogsaa for vort emne. Vi maa ikke lade os vildlede af, at Gajus her synes at tale om culpa.

kjøbmand vil nægte ombytte, naar det sker straks og den kjøbte tings salgsværdi ikke er forringet. Forsaavidt kan spørgsmaalet være temmelig ørkesløst. Men sæt, at nogen nægtede, saa maatte jeg have ret til at kræve at faa bytte med et par af de andre paa lager værende sko eller kaloscher, og som maatte passe bedre. Men ret til at kræve handelen omgjort, f. eks. fordi jeg er kommen til den overbevisning ikke at have brug for tingen, eller kan kjøbe den bedre og billigere hos en af sælgerens konkurrenter, har jeg i hvert fald ikke[1 2]. Det er altsaa kun risikoen for, at tingen passer, som kjøbmanden (retshandelsmodtageren) bærer.

XII. Et særskilt spørgsmaal er det, om risikoen for rigtigheden af retshandelsgiverens motiv gaar over paa retshandelsmodtageren, naar denne har været den uskyldige aarsag til dets opstaaen.

Herom kan der nu kun være tale, naar retshandelsmodtageren ved retshandelsoptræden har fremkaldt det vildfarende motiv[3].

Den østerrigske lovbog art. 871[4] staar paa dette standpunkt.

[1] Pfersche i sin Irrtumslehre des österreichischen Privatrechts lærer for østerrigsk ret det her fremholdte.

[2] Man mene nu om den her fremsatte anskuelse, hvad man vil, men paa en ting skal gjøres opmerksom: Det skal ikke et synderlig aabent syn for det økonomiske og retslige livs fænomener for at opdage, at det fremholdte moment kan spille en rolle i udviklingen af sedvane og sedvaneret. Sæt saaledes, at et vist slags arbeide kun kan udføres i et vist slags veir, og sæt videre, at det kun er dertil oplærte eller med dette arbeide øvede folk, som kan udføre det ordentlig. (Der dannes med andre ord fagbeskjæftigelser). Udføres saadanne arbeider kun kortere tid om gangen hos den enkelte arbeidsherre, vil der, i tilfælde arbeidsleie og ikke verksleie bliver det sedvanlige, uddanne sig den regel, at arbeideren staar risikoen for veiret, ɔ: han kan ikke fordre den for dagen aftalte arbeidsløn, medmindre veiret tillader arbeide, det vil atter sige: arbeidsleiekontrakten er sluttet under denne forudsætning. Dette er nemlig det for arbeidsherren heldigste, fordi hans risiko vilde blive for stor under den modsatte forudsætning (daarligt veir kunde jo indtræde netop den tid, han havde engageret arbeideren og vare et længere tidsrum). Arbeideren vilde ikke have nogen skade deraf (tvertom, han vilde da ikke saa let risikere at staa arbeidsløs paa en tid af aaret, da veiret erfaringsmæssig ofte forhindrede arbeidet), fordi lønnen vilde bestemmes med denne risiko for øie (altsaa større), og herved vilde risikoen udjevnes paa det hele aar. Paa denne maade udvikles ikke blot sedvane og sedvaneret, men det er i virkeligheden dette moment, som lovgiveren, om end ofte ubevidst, har for øie ved ordningen af forhold, som det nævnte, ialfald, hvis ikke en falsk juridisk theori har blændet hans blik.

[3] En bankier har f. eks. averteret et vist slags værdipapir til salgs og oplyst at kursen er 212, men ved trykfeil kommer det til at staa 221. Naar nogen i tillid til dette avertissements rigtighed kjøber dette værdipapir, er hans motiv fremkaldt ved retshandelsmodtagerens (bankierens) retshandelsoptræden.

[4] Jfr. Pfersche: Die Irrthumslehre des österreichischen Privatrechts s. 161—62.

Og det er meget som taler for, at antage det samme ogsaa for norsk ret.

Som det i afsnittet om den uægte vildfarelse skal paavises, maa det for vor ret antages, at den, der i retshandelsøiemed afgiver en viljeserklæring, der ikke er forbindende paa grund af uægte vildfarelse, maa, selv om han er uden skyld, svare den negative kontraktsinteresse. Hermed synes det ovenfor antagne mest i harmoni[1].

XIII. Hidtil har vi behandlet tilfælde, hvor retshandelsmodtageren i sin helhed havde risikoen for den hos retshandelsgiveren motiverende kjendsgjerning, og i hvilke tilfælde retshandelen i sin helhed var uforbindende. Imidlertid kan der gives tilfælde, hvor risikoen kun for en del paahviler retshandelsmodtageren, for en anden del retshandelsgiveren. Naar da den motiverende kjendsgjerning ikke slaar til, modificeres retshandelens normale virkning, men den bliver ikke uforbindende i sin helhed. Saalangt retshandelsmodtageren maa antages at have risikoen, saalangt modificeres retshandelens virkning, men ikke længer. Dette anskueliggjøres ved et par eksempler:

1. En begeistret Nansen-beundrer fra Hamar havde for at sikre sig logis under sit ophold i Kristiania natten mellem 8. og 9. septbr. 96 paa forhaand bestilt et værelse i et privathotel i Karl Johans gade, samt, da Nansen-toget den 9/9 96 skulde passere forbi vinduet, sikret sig benyttelsen af dette for tilsammen 50 kroner. Det skal nu antages, at værelsets pris som beboelsesrum normalt var 4 kroner pr. dag, men paa grund af den formodede sterke tilstrømning til byen til Nansen-indtoget havde hotelværterne forhøiet prisen til det dobbelte. Altsaa kostede dette værelse for natten før Nansen-indtoget 8 kroner. Sæt nu, at vor Nansen-beundrer, som han staar i begreb med at afreise fra Hamar, faar pr. telegraf underretning om, at Nansen-indtoget var udsat paa ubestemt tid. Han reiser selvfølgelig ikke til Kristiania og afbestiller værelset snarest mulig pr. telegraf.

   Anvender vi det ovenfor udviklede paa dette tilfælde, vil vi finde, at hotelværten i Karl Johans gade havde risikoen for, at Nansen-indtoget fandt sted, forsaavidt han havde beregnet sig leie for værelset i dets egenskab af en plads, hvorfra toget kunde beskues. Derimod ikke, forsaavidt han havde beregnet sig leie for værelset som beboelsesrum. Saalangt maa bestilleren bære risikoen for den motiverende kjendsgjerning. Dette er

[1] Jfr, sjølovens § 243 smh. med 241, der vistnok er en speciel lovbestemmelse, men som dog synes at trække i samme retning.

klart, hvad den normale logispris angaar (4 kroner). Men det samme maa efter omstændighederne ogsaa antages for den forhøiede pris (8 kroner); thi grundlaget for dennes berettigelse var tilstrømningen til byen, men denne vilde ikke, naar det, som forudsat, i sidste øieblik blev oplyst, at Nansen-indtoget ikke skulde finde sted den 9/9, afhænge af, at det virkelig fandt sted, men kun af antagelsen af, at det skulde finde sted den dag.

2. I en naturskjøn egn ved Kristianiafjorden havde A et hus, der fortrinlig egnede sig til sommerbolig for byfolk. Det havde ogsaa i en længere aarrække hver sommer været bortleiet hertil, undtagen de 2 sidste somre, da det havde været bortleiet til en restauratør, der drev udsalg af øl og andre forfriskninger til sommergjesterne derude. Det skal antages, at huset som sommerbolig havde en leieværdi paa 400 kroner, men restauratøren havde, da det laa saa bekvemt til for hans virksomhed, betalt 600 kroner og havde ogsaa leiet for næste sommer for denne betaling. Da restauratøren sidste sommer ved sæsonens begyndelse stod i begreb med at flytte derud, fik han underretning om, at øludskjænkningsret, takket være totalisternes ihærdighed, ikke var bevilget.

Han flyttede derfor ikke derud, og det skal antages som sikkert, at enhver lønnende restauratørvirksomhed paa stedet ved bevilgningens nægtelse var forpurret.

Huset er ved denne begivenhed ikke forringet i sin egenskab af sommerbolig, kun i sin egenskab af restaurationslokale. Udleieren maa staa risikoen for nægtelsen af ølbevilgning. Denne begivenhed vilde jo have grebet ind i hans formuessfære uden hensyn til, hvem der var leietager. Derimod maa restauratøren staa risikoen for, at han har lagt beslag paa husets leieværdi som sommerbolig. Havde nemlig ikke han leiet huset, havde eieren havt ret til at leie det bort til en sommergjest. Han er altsaa ifølge kontrakten pligtig til at betale sedvanlig husleie (400 kroner), medmindre han særskilt kan paavise en ham herfor befriende kjendsgjerning[1].

XIV. Uagtsomhedens indflydelse paa motivets relevans.

I og for sig vil retshandelsgiverens uagtsomhed ikke have den virkning at gjøre et ellers retslig relevant motiv irrelevant. Lad os tænke paa eksemplet om den, der leiede et vindu i Karl Johans

[1] Hertil maa regnes, hvad A ved at udvise diligentia quam in suis vilde have tjent ved at gjøre sig huset indbringende i leietiden. Dette er ikke det samme, som at A har krav paa den negative kontraktsinteresse, ialfald ikke efter den sedvanlige bestemmelse af dette begreb.

gade for at se Nansen-indtoget. Skulde da den omstændighed, at han ved retshandelens indgaaelse burde have vidst, at toget ikke kom til at finde sted paa den dag som forudsat, begrunde pligt til at betale leiesummen? Aabenbart stridende mod al sund sans[1]. Dette antages ikke af den grund, at det bevidst eller ubevidst skulde forudsættes, at retshandelsmodtageren var i samme culpa og derfor ikke havde noget at lade retshandelsgiveren høre, siden hans egen culpa maatte ophæve dennes. Ingenlunde. Om eksemplet lagdes saa tilrette, at blot retshandelsgiveren var in culpa, vilde vi i dette tilfælde ikke komme til noget andet resultat. Og naar man er opmerksom paa, at virkningen af, at en forudsætning brister, ikke behøver at gaa i en retshandelen ophævende, men ogsaa kun i en den modificerende retning[2], saa vil en af de grunde, der maaske har spillet med ind til den saa almindelig antagne modsatte mening, falde bort.

Vi sagde: I og for sig. Spørgsmaalet bør nemlig stilles saaledes:

Vil den omstændighed, at retshandelsgiveren burde have vidst at den motiverende forestilling ikke holdt eller kom til at holde stik, paabyrde ham risikoen, naar denne ellers vilde have paahvilet retshandelsmodtageren? Saavidt der f. t. haves oversigt over herhenhørende tilfælde, maa det i almindelighed vistnok benægtes, at retshandelsgiverens uagtsomhed (her forudsættes, at ikke retshandelsmodtageren er i lignende uagtsomhed, thi da er sagen klar) vil have denne virkning. Man vil maaske indvende: Naar retshandelsmodtagerens uagtsomme, ja efter det foregaaende efter omstændighederne endog undskyldelige fremkaldelse af retshandelsgiverens falske motiv bevirker, at risikoen veltes over paa ham, da synes det inkonsekvent, at ikke en tilsvarende overgang af risikoen skal finde sted paa grund af retshandelsgiverens uagtsomhed. Hertil svares: Grunden ligger i de indskrænkede betingelser, hvorunder retshandelsmodtageren bærer risikoen for rigtigheden af retshandelsgiverens motiver.

[1] Sml. et tilfælde hos Aubert: Obl. sp. d. I s. 344. Her opkastes det spørgsmaal, hvorvidt vi efter norsk ret skal antage det samme, som positivt er udtalt i den schweiziske obligationsretslov § 332,[2], at laangiveren ved laan til eie kan nægte at udbetale laanet, selv om laantageren alt ved laanekontraktens indgaaelse var insolvent, naar dette ikke da var laangiveren bekjendt. Aubert afgjør tilfældet paa samme maade som den schw. lov, om end, som det synes, noget tvilende under den her bestridte theoris tryk. Merk: «Om man end ellers i det hele vil anse det for vedkommendes egen sag forud at undersøge den persons vederheftighed, med hvem han indlader sig.»

[2] Se eksemplerne under XIII.

Omstændighederne kan dog maaske være saadanne, at risikoen ved retshandelsgiverens uagtsomhed gaar over paa ham, og retshandelen saaledes bliver forbindende.

Herom er vanskelig at sige noget i almindelighed. Kun en bemerkning. Ligger omstændighederne saadan, at retshandelsgiverens uagtsomhed er skikket til hos retshandelsmodtageren at fremkalde tillid til, at han vil retshandelen ogsaa uden hensyn til den i virkeligheden motiverende kjendsgjernings rigtighed, vil risikoen kunne gaa over paa ham. Dette synspunkt vil især komme frem ved kjøb af en tilstedeværende feilfuld ting, og feilene er af den art, at enhver kunde se dem. Jfr. 14—10 D. 21—1, der vistnok er udslag af samme tankegang.

Om man imidlertid antager som givet, at uagtsomheden ingen rolle spiller i denne henseende, saa maa man ikke overvurdere betydningen heraf. Sagen er nemlig, at vildfarelsens bevisliggjørelse vil blive vanskeligere, naar den er uundskyldelig[1].

Forsaavidt uagtsomheden ikke er istand til at flytte risikoen over, faar den nøie sig med sin sedvanlige virkning ɔ: skadeserstatning.

XV. Virkningen af forudsætningens bristen.

Vi har ofte i det foregaaende sagt, at retshandelen er uforbindende, naar en forudsætning brister.

Under XIII har vi seet, at retshandelen paa grund af forudsætningens bristen ikke behøver at være uforbindende i sin helhed, kan ogsaa kun modificeres i sine normale virkninger[2].

Nedenfor under afsnit III i dette kapitel vil det spørgsmaal undersøges, om en til kausalretshandelen (den obligatoriske retshandel) knyttet forudsætnings bristen influerer paa overdragelsesretshandelens gyldighed.

Af § 12 vil under nogle særskilte bemerkninger om condictio indebiti sees, at naar en obligatorisk retshandel, hvortil der klæber en forudsætning, der er brusten, er opfyldt, vil tilbagesøgningen — under forudsætning af, at vindikation er udelukket — snart gaa paa berigelsen, snart paa det ydede i sin helhed.

[1] Jfr. hermed Otto Bähr: Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund s. 55. Han udtaler her med hensyn til condictio indebiti: «At man har betalt en ikke-skyld bliver først fuldt troværdigt ved vildfarelsen, men vildfarelsen ved sin undskyldighed.» Han gjør ogsaa opmerksom paa, at romernes navn paa den undskyldelige vildfarelse var error *probabilis* (den beviselige error).

[2] Som af det foregaaende vil være indseet, vil dette egentlig sige, at den motiverende kjendsgjerning kun saa langt den virker modificerende paa retshandelens forbindende kraft, er forudsætning i teknisk forstand.

Herfra sees derfor bort paa dette sted og skal kun berøres det spørgsmaal, hvad der nærmere menes med, at den obligatoriske retshandel bliver uforbindende ved forudsætningens bristen.

Da vi anser spørgsmaalet temmelig utvilsomt, skal vi ikke hefte os ved de forskjellige muligheder, som her in abstracto kunde tænkes [1].

Der spørges for det første: Skal en forudsætning med hensyn til indflydelse paa en retshandels gyldighed ligestilles med en betingelse?

Det synes naturligt fra vort standpunkt. At retshandelen er afsluttet under en betingelse vil sige: Risikoen for den motiverende kjendsgjernings rigtighed har retshandelsmodtageren udtrykkelig overtaget. Men paaligger risikoen retshandelsmodtageren i kraft af lov, sedvane eller hans retshandelsoptræden (tillid-vækken etc.), maa virkningen i den henseende, hvorom der her er tale, være den samme.

Forudsætningen bliver altsaa at ligestille med betingelse.

Dernæst spørges — og det er for norsk ret et overmaade vigtigt spørgsmaal, jfr. nedenfor under afsnit III —: Skal den ligestilles med en suspensiv eller med en resolutiv betingelse?

Her maa erindres, at parterne ved retshandelens indgaaelse ikke har forudsætningens bristen for øie. Retshandelsgiveren har altsaa i og for sig forpligtet sig ubetinget. Naar han da alligevel, fordi hans motiv, for hvis rigtighed modparten bærer risikoen, viser sig ikke at holde stik, ikke ansees bunden, maa denne ikke-bundethed indtræde ex nunc ɔ: paa det tidspunkt, da det viser sig, at motivet slaar feil. Det vil sige: En retshandel, hvortil der klæber en forudsætning, behandles som indgaaet under en resolutiv betingelse [2]. Brister forudsætningen, har det med hensyn til retshandelens forbindende kraft den samme virkning, som naar en resolutiv betingelse indtræder [3].

Et særskilt spørgsmaal er det, om kun retshandelsgiveren eller om ogsaa retshandelsmodtageren kan gjøre en brusten forudsætning gjeldende. Hertil svares: Kun retshandelsgiveren. Noget andet er,

[1] Om de forskjellige arter ugyldighed se de forskjellige pandektlærebøger, navnlig Regelsberger: Pandekten I § 174. Ligeledes Hasenöhrl: Das österreichische Obligationenrecht I § 55.

[2] Jfr. hermed Zitelmanns under V refererede forslag til kodifikation af forudsætningslæren.

[3] Heraf følger med hensyn til beviset: Retshandelsgiveren har at bevise: 1) at han har indgaaet retshandelen paa grund af en feilagtig motiverende forestilling, 2) at det er givet, at denne forestilling ikke holder stik og 3) at retshandelsmodtageren bærer risikoen for denne forestillings rigtighed.

at ogsaa retshandelsmodtageren qua retshandelsgiver kan have sine særskilte forudsætninger, som han gjør gjeldende. Herhen hører, at retshandelsgiverens spekulation eller endog adgang til spekulation paa den anden parts bekostning maa være udelukket. Adgang til saadan spekulation kan efter omstændighederne alt ligge deri, at han ved en senere for dagen kommen kjendsgjerning kan kræve retshandelen uforbindende for sig. Er det derfor for retshandelsmodtageren qua retshandelsgiver af betydning, at modparten ikke har valget, om han nu vil vedstaa eller fragaa retshandelen, kan han gjøre denne forudsætning gjeldende[1].

Heri ligger ogsaa, at retshandelsgiveren snarest mulig maa sige fra, om han vil angribe retshandelen paa grund af en brusten forudsætning.

XVI. Resume og nærmere pointering af det væsentlige i det fremholdte.

Loven bestemmer, at retshandler i almindelighed er forbindende. Da denne regel vilde tilintetgjøres, om retshandelsgiverens motiv ialmindelighed skulde være retshandelselement (altsaa relevant), kan dette ikke være tilfældet. Men heri ligger, at retshandelsgiveren selv i almindelighed bærer risikoen for sit motivs rigtighed. Denne risiko kan imidlertid retshandelsmodtageren udtrykkelig overtage. Motivet bliver da retshandelselement og dermed retslig relevant. Heraf følger, at vi egentlig har ret til at anskue sagen saa: Loven erklærer retshandelen i almindelighed for forbindende og motivet ialmindelighed for irrelevant, fordi retshandelsgiveren i almindelighed selv bærer risikoen for, om hans motiv holder stik eller ikke. Men af den samme lov, der bestemmer dette, maa med nødvendighed udledes: Bærer retshandelsmodtageren, ogsaa uden udtrykkelig overtagelse, risikoen for rigtigheden af retshandelsgiverens motiv, saa er det af loven ophøiet til retshandelselement.

Man er nu enig om, at retshandelsmodtageren bærer risikoen for retshandelsgiverens motiv, naar det er fremkaldt ved hans svig. Og ligeledes, om det er gjort ved hans uagtsomhed. Det samme maa ogsaa antages, naar det, om end undskyldelig, er foraarsaget ved hans optræden i retshandelsøiemed.

Ligeledes maa retshandelsmodtageren bære risikoen, naar retshandelsgiverens motiv ikke er individuelt, men af saa almen natur, at enhver, der med rimelighed kan forudsættes at have villet indgaa retshandelen, vilde have havt et identisk, ikke blot et tilsvarende motiv. I saafald vilde nemlig den omstændighed, at retshandelsgiverens motiv ikke holder stik, have grebet ind i retshandelsmodtagerens formuessfære uden hensyn til, om den individuelle rets-

[1] Jfr. nedenfor § 10, V.

handel, hvorom der er tale, aldrig var indgaaet. Under disse omstændigheder vilde gode og forstandige og med retslivets tarv fortrolige mænd, dersom de ved retshandelens indgaaelse havde havt motivets ikke-indtræffen for øie, have fattet for denne eventualitet udtrykkeligt forbehold om, at retshandelsgiveren ikke skulde være bunden. I saa fald foreligger en objektiv forudsætning[1].

Ogsaa af individuelle grunde kan et motiv blive retslig relevant, nemlig naar det af parternes mellemværende (forhandlinger etc.) fremgaar, at retshandelsmodtageren har vakt grundet tillid til den motiverende kjendsgjernings indtræffen og saaledes overtaget risikoen for dens ikke-indtræffen (individuel forudsætning).

XVII. Som før sagt, har saavel forudsætningslærens grundlægger som hans disciple ved formuleringen af læren lagt vægten paa, at motivet er k j e n d e l i g t som viljesbegrænsning. Da var motivet retslig relevant. Vi har villet tage mer hensyn til forfatternes mening end til deres udtryk og afholde os fra enhver ufrugtbar strid om ord. Derfor har vi sagt, at denne formulering ikke vilde frembyde nogen afgjørende indvending mod læren. Thi belyses den med en række eksempler, vil man, som før sagt, faa begrebet forudsætning saaledes paa følelsen, at urigtige resultater, naar læren skal anvendes, i det store og hele vil undgaaes.

Men her skal det dog siges: Har vi først paa det rene, at retshandelsmodtageren bærer risikoen for retshandelsgiverens motiv, saa interesserer motivets k j e n d e l i g h e d os ikke det grand, end sige dets k j e n d e l i g h e d som v i l j e s b e g r æ n s n i n g.

Det interesserer os ligesaa lidt som det, at det er retshandelsgiveren i de tilfælde, hvor han selv har risikoen — og det var jo det regelmæssige — k j e n d e l i g t[2], at saa er tilfældet. Man se sagen i sammenhæng! Retshandelsmodtageren har risikoen for modpartens

[1] Udtrykkene objektiv og individuel forudsætning er, saavidt vides, først benyttet af Jul. Lassen i tidsskrift for retsvidenskab VIII s. 292 flg. Om o b j e k t i v forudsætning vil han tale, naar motivet er relevant ved afveielse af objektive retshensyn, ved obstrakt fortolkning eller typefortolkning. Om i n d i v i d u e l forudsætning vil han tale, naar særskilt hensyntagen til de betræffende parters mellemværende gjør motivet relevant. Hvorvidt han mener det samme som vi, kan være tvivlsomt. Det synes imidlertid saa. Dog skal bemerkes: Han har forsøgt at bestemme udtrykkene i sin almindelighed. Vi har givet afkald derpaa, og istedet fremhævet en vigtig klasse af de objektive og en vigtig klasse af de individuelle forudsætninger. Vi lægger imidlertid ingen vægt paa dette punkt, da sondringen mellem objektiv og individuel forudsætning med hensyn til virkning ingen interesse har.

[2] eller af ham erkjendt. Lovens anvendelse forudsætter jo ikke, at den er k j e n d e l i g. Jfr. §§ 5 og 6.

motiv, naar det er fremkaldt ved hans svig, uagtsomhed eller optræden i retshandelsøiemed. Ingen spørger da efter motivets kjendelighed for ham. Paa samme maade i de andre tilfælde, hvor han bærer risikoen. Jfr. ogsaa indflydelsen af falske motiver paa retshandler mortis causa.

Vi tager et anerkjendt før nævnt eksempel: A kommer til B og siger: «Nu skal jeg betale C's gjeld til dig med 500 kroner. Jeg er nemlig i den afdøde D's testament indsat til dennes arving og paalagt som legat ligeoverfor C at betale denne gjeld». Efter at betalingen er skeet, kommer det op, at testamentet er tilbagekaldt. Nu kan forudsætningslærens modstandere have en vis ret i, at det er vanskeligt at sige, hvorfor det er B mer kjendeligt som viljesbegrænsning for A's betaling, at C's gjeld eksisterer, end at A er arving efter D. Og hvorfor skal da A, om det første motiv slaar feil, have tilbagesøgningsret, men ikke, om det sidste motiv gjør det?

Denne vanskelighed falder bort, naar man følger den her fremstillede lære.

Dermed falder ogsaa andre vanskeligheder bort, især i læren om condictio indebiti. Thi naar motivets kjendelighed som viljesbegrænsning ikke er det afgjørende, kan en brusten forudsætning ogsaa gjøres gjeldende mod en ikke retshandelsdygtig retshandelsmodtager.

Dette under forudsætning af, at det er paa det rene, at retshandelsmodtageren har risikoen.

Et særskilt spørgsmaal er det, om i noget tilfælde motivets kjendelighed har indflydelse paa, hvor risikoen skal ligge. Herom maa henvises til, hvad derom fremgaar af det under XI fremholdte.

XVIII. Forudsætning eller stiltiende betingelse? [1]

Det er mange forfattere, som ikke praktisk talt afviger synderlig fra de resultater, hvortil vi ovenfor er komne, men om forudsætning som kontraktspost vil de dog ikke tale. Tager man f. eks. Regelsbergers Pandekten I [2] for sig og slaar op paa side 528 vil man om vildfarende bevæggrundes indflydelse paa en kontrakt finde udtalt følgende: «Der Gefahr, rechtlich gebunden zu sein, trotzdem

[1] Jfr. Windscheid: Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung s. 143 flg.

[2] Dernburg er ogsaa en modstander af Windscheids forudsætningslære (se hans Pandekten III s. 97 n. 3), men paa det maa ikke lægges synderlig vægt, naar der spørges om hans stilling til spørgsmaalet, naar et motiv er retslig relevant, naar ikke. Han opererer nemlig meget let med en stiltiende betingelse og finder let en vis udlægning af en kontrakt «selbstverständlich» (f. eks. i hans Pandekten II s. 310).

dass sich eine den rechtgeschäftlichen Entschluss hervorrufende Annahme hinterher als irrig erweist, kann vorgebeugt werden, indem die vorausgesetzte Thatsache zur Bedindung[1] und damit zum Element des rechtgeschäftlichen Thatbestands gemacht wird. Dies kann auch stillschweigend geschehen. Doch muss bei einem Vertrag die Abhängigmachung des Willensentschlusses dem Vertragsgegner erkennbar gewesen und von ihm angenommen sein. Hierzu reicht die Kenntniss von dem Bewäggrund des anderen Teils nicht aus. Es müssen die dem Gegner bekannten Umstände nach der Auffassung des Lebens sowohl für die Stellung der Bedindung als für deren Annahme sprechen.»[2] Som vi ser, taler han om stiltiende betingelse, hvor vi vilde tale om forudsætning. Der spørges da, om dette er en blot terminologisk forskjel, eller om der stikker en reel forskjel bag. Windscheid hævder paa det anførte sted (se især s. 144) det sidste. Saaledes siger han, at den, der afslutter en tosidig kontrakt, vil visselig kun være forpligtet, naar modparten ogsaa bliver det. Men at denne bliver forpligtet, anser retten ikke som forudsætning, men som stiltiende betingelse. Saaledes bliver han, naar den anden kontrahent ikke bliver forpligtet, ikke beskyttet ved en exceptio, men han er aldeles ikke forpligtet[3]).

Hvorvidt denne del af Windscheids forudsætningslære efter romersk ret er begrundet, derom faar romanisterne strides. Os interesserer denne strid saare lidet. For vor rets vedkommende maa vi hævde, at der ingen reel forskjel er mellem stiltiende betingelse

[1] Udhævelserne her.

[2] Som eksempler anfører han: Naar nogen bestiller en klædning med den bemerkning, at han har brug for den til det første hofbal, saa er kontrakten ikke betinget af, at hofballet finder sted. Anderledes om nogen bestiller et værelse, for at se kongens indtog.

[3] Windscheid udtrykker sin lære med hensyn til den «manglende» forudsætnings virkning saaledes: Den, der afgiver en viljeserklæring under en forudsætning (selvfølgelig i teknisk forstand) siger ikke: Ich will, wenn — (da vilde en betingelse foreligge), men siger: Ich will, würde aber nicht wollen, wenn nicht — (se den citerede arkivafh. s. 195). Retshandelsgiveren vil altsaa retshandelen. Kan ikke bringe ud af verden igjen den kjendsgjerning at have villet (die Thatsache des Gewollthabens, se l. c. s. 167). Følgelig maa f. eks. in tradition, der er foretagen i henhold til en obligatorisk retshandel, der er knyttet til en forudsætning, som brister, overføre eiendomsretten. Forudsætningens bristen begrunder altsaa ingen vindikation, kun kondiktion. Foreligger da et tilfælde, hvor efter romersk ret vindikation paa grund af en stiltiende vedtagen bestemmelse kan anvendes, vil Windscheid tale om stiltiende betingelse, ikke om forudsætning (jfr. det først citerede skrift s. 146). Denne del af Windscheids lære kan ikke benyttes for vor ret. Jfr. nedenfor under afsnit III.

og forudsætning. Eller hvori skulde en saadan forskjel ligge?[1] I virkningen? Nei. Se herom afsnit III i dette kapitel.

Derfor kan vi sige: Vil nogen polemisere mod forudsætningslæren, fordi ordet forudsætning benyttes istedetfor det ord, man maatte finde rigtigere: stiltiende betingelse, saa er dette en forholdsvis uskyldig fornøielse, som ikke bør misundes nogen. Men det maa erindres: Det er efter norsk ret kun en strid om ord. Og om man vilde foretrække betegnelsen: stiltiende betingelse, maa man være opmerksom paa, at herved fjernes ikke vanskelighederne ved spørgsmaalet, naar et motiv er retslig relevant, naar ikke.

§ 10. Nogle enkelte anvendelser af forudsætningssynspunktet.

I. Det er intet synspunkt, som kommer saa hyppig til anvendelse i formueretten, som netop det udviklede forudsætningssynspunkt, og det ikke blot, hvor det gjelder at udfinde, om en retshandel er forbindende eller ikke, men ogsaa hvor det gjelder en retshandels fortolkning med hensyn til bipunkter[2], ja ofte endog naar man skal udfinde, om en retshandel in concreto foreligger.

Vi skal paapege endel anvendelser af forudsætningssynspunktet.

II. Actio redhibitoria og actio quanti minoris efter norsk ret.

At forudsætningssynspunktet kommer til anvendelse, naar den kjøbte ting har feil og mangler, vil ogsaa fremgaa af det foregaaende. Her kun et par bemerkninger.

Naar den kjøbte ting har en saadan feil, at det med rimelighed kan forudsættes, at sælgeren ikke med nogenlunde tilsvarende økonomisk fordel kunde have udnyttet tingens bytte- eller brugsværdi trods feilen, da er kjøberens motiv — at tingen er fri for feilen — ikke af individuel[3], men af almen natur. Derfor staar sælgeren risikoen for saadan feil[4].

[1] I det af Windscheid anførte eksempel vil efter norsk ret ingen, hverken materiel eller processuel forskjel ligge, om vi siger: «Retshandelen er indgaaet under den forudsætning» eller vi siger: «Den er indgaaet under den stiltiende betingelse, at ».

[2] Se flg. §.

[3] Et forresten ikke længer praktisk eksempel paa et kun individuelt motiv findes i 11—1 D. 18—1.

[4] Dette er i virkeligheden det væsentligste hensyn, der har ligget til grund for det ædiliciske edikt om vitia et morbi hos den kjøbte ting. Ulpian kan saaledes ikke siges at have fundet de rigtige «causæ» i 1—2 D. 21—1. Efter det fremholdte er det ædiliciske edikt, naar bortsees fra enkelte bestemmelser (som at kjøberen ubetinget har valget mellem actio redhibitoria og actio quanti minoris, se ogsaa 58 pr. D. 21—1), ikke af saa positiv og vilkaarlig natur som almindelig antaget.

Heri ligger at feilen maa være væsentlig. Hvad hertil udfordres kan ofte være vanskelig at sige[1]. Nogen hjælp til bedømmelsen heraf faar man ikke ved at operere med romernes error in substantia (qualitate) eller med Goldschmidts klassifikationsfaktor. Dermed kommer man ikke af flekken.

Her er selvfølgelig ikke stedet til nærmere at gaa ind paa disse ting. Det vilde blive en hel lære om kjøb og salg. Dog endnu en bemerkning. Om sælgeren har risikoen for feilen, saa behøver ikke det at medføre, at kjøberen ubetinget har ret til at kræve handelen omgjort. Saadan ret har han kun, naar det bevislig strider mod hans interesse at beholde tingen med forholdsvis afslag i kjøbesummen. Er feilen derimod af saadan art, at den vel forringer tingens værd, men ikke gjør den ubrugbar for kjøberen, maa han beholde tingen med forholdsvis afslag i kjøbesummen, og sælgeren er pligtig til at finde sig deri. Dette passer bedst med parternes gjensidige interesseforhold[2].

III. Ved at anvende det i § 9 under IX fremholdte synspunkt vil alle vanskeligheder, der har optaarnet sig i læren om virkningen af kasus i verksleieforhold falde bort af sig selv. Vi skal selvfølgelig ikke trætte med at gjennemgaa hele denne lære, kun gjøre opmerksom paa et par tilfælde, hvor man sedvanlig har fundet at burde tage sin retsfølelse fangen under fornuftens lydighed og er ad den vei ikke kommet til ganske tilfredsstillende resultater.

1) Naar et verk paa forhaand er blevet umuliggjort ved «objektive hændelige aarsager»[3], som Aubert kalder det, har man med bred pen lært, at verksmesteren ikke har krav paa det aftalte vederlag, ja paaberaabt sig vor rets almindelige grundsætninger[4] for et saadant resultat. Efter den rigtige mening kommer det an paa omstændighederne. Krav paa vederlaget vil han ikke have, naar arbeidets udførelse hindres af omstændigheder, der overhovedet vilde have berøvet ham adgangen til efter sin næringsvei og uddannelse at søge erhverv hos en anden verksherre eller paa anden maade. Ellers har han saadant krav. Har

[1] En feil, som er væsentlig i et forhold, vil ikke altid være det i andre. Jfr. eksemplerne 6 og 7 i § 9, IV. I eks. 6 er feilen væsentlig, i eks. 7 kan man ikke forudsætte at kjøbe en ubrugt ting.

[2] Jfr. herimod Hagerup: Kjøb og salg, s. 99.

[3] Sml. med det følgende Aubert: Obligationsrettens sp. d. II s. 8—10.

[4] Sandsynligvis en forkjert anvendelse af sætningen: kasus bliver, hvor den rammer. Thi hvem rammer egentlig kasus? Retshandelsgiveren eller retshandelsmodtageren (verksmesteren)? Svaret kommer af sig selv, naar man kun opkaster spørgsmaalet.

jeg saaledes tinget en fisker, der ikke driver noget andet erhverv end fiskeri, til at være med mig paa sjøen en dag og turen forhindres paa grund af uveir, der ogsaa vilde have hindret ham fra at reise paa sjøen, vil han ikke have krav paa vederlaget. Anderledes, om jeg bestiller en mand til at male mit hus og det brænder op om natten i forveien[1], eller om jeg leier en fører, der ogsaa pleier at søge anden beskjæftigelse, til at føre mig over fjeldet, og turen forhindres paa grund af uveir.

2) Naar verket forhindres ved hændelse, der uforskyldt rammer verksherrens person, er det efter vort udgangspunkt ganske klart, at romerretten[2] har truffet sømmen paa hovedet, naar den fastsætter, at arbeideren skal have vederlaget alligevel. Som vi ser, gaar den herskende lære i denne henseende videre i at paabyrde retshandelsmodtageren (verksmesteren) risikoen, end vi gjør[3].

IV. Vildfarelse i motiverne ved forlig[4].

Ved et forlig i civilretten vil parterne have afgjort en strid eller uvished. Derfor kan det ikke være tale om at paabyrde retshandelsmodtageren risikoen for retshandelsgiverens falske forestillinger, forsaavidt disse refererer sig til det omstridte punkt, det egentlige forligspunkt[5]. Dette ligger altsaa i forligsretshandelens natur. Er saaledes en ydelses omfang omtvistet, dens retsgyldighed uomtvistet, afficeres et forlig, der fastsætter omfanget, ikke derved, at der kommer for dagen en kjendsgjerning, der gjør omfanget utvilsomt. Derimod vilde noget andet gjelde, om der kom en kjendsgjerning for dagen, der viste, at selve ydelsespligten ikke eksisterede[6].

Var imidlertid ydelsespligten forligspunkt, vilde forliget ikke afficeres af nye oplysninger, der bragte ydelsespligtens ikke-eksistens

[1] Dog, dersom hele byen brændte? Der har været stridt og tvistet meget og skrevet en hoben afhandlinger om vis major. Her er vi inde paa veien til at naa frem til en rigtig forstaaelse deraf i dets anvendelse paa visse kontraktsforhold.

[2] Se 19—9 D. 19—2 og 38 D. 19—2.

[3] Hvorvidt verksmesteren, naar han faar sin arbeidskraft fri, maa afkorte, hvad han ellers tjener, er et spørgsmaal for sig, som vi ikke skal opholde os ved. Vor stilling til spørgsmaalet vil fremgaa af det s. 50 n. fremholdte.

[4] Jfr. hermed især det anførte verk af Pfersche, s. 212 flg., Lenel i Archiv f. d. c. Praxis bd. 79 s. 80 flg. og Windscheid i samme tidsskrift bd. 78 s. 186 flg.

[5] Saaledes ogsaa Pfersche l. c.

[6] Da vilde for at anvende et romersk udtryk condictio indebiti per errorem promissi kunne anvendes.

udenfor tvil, medmindre ikke-eksistensen beroede paa et ganske nyt grundlag. Thi dette nye grundlag var da netop ikke forligspunkt[1].

Dette kan ikke her forfølges videre. Ved at holde sig det her sagte og det udviklede forudsætningssynspunkt for øie, vil man kunne overvinde de vanskeligheder, som bedømmelsen af motivvildfarelsens indflydelse paa et forlig frembyder.

V. Er den ene part i et gjensidigt bebyrdende retshandelsforhold forpligtet, naar den anden part ikke er det?

Naar jeg ønsker at faa en ting, der tilhører X, saa maa jeg faa ham til at overdrage mig tingen. Er han villig til at gjøre det uden først at paatage sig nogen forpligtelse dertil, er det godt og vel. Men dersom det ikke vil gaa, vil jeg søge at faa ham forpligtet til at overdrage mig tingen. For at bevæge ham hertil kan jeg give ham en modydelse eller forpligte mig til at give en saadan. Maalet er altsaa at faa tingen, midlet er X's forpligtelse, og middel til denne igjen er min egen forpligtelse. Motivet, som bevæger mig til at paatage mig forpligtelsen, er da enten det, at jeg faar tingen, eller at X bliver forpligtet til at overdrage mig tingen eller begge dele. Nu kunde man tro, at jeg maatte være forpligtet, dersom jeg fik tingen, selv om X mod formodning ikke skulde have været forpligtet. Intet vilde imidlertid være falskere. X vilde da faa en tid til at betænke sig, til at spekulere paa min bekostning. Under disse omstændigheder vilde udsigten til, at jeg virkelig faar tingen, i høi grad formørkes. Derfor kan det ikke med rimelighed antages, at nogen i mit sted vilde have gaaet ind paa at forpligte sig, uden at modparten ogsaa blev forpligtet. Dennes forpligtelse er derfor motiv til min forpligtelse, og det ikke blot et motiv af individuel, men af almen natur. Derfor maa modparten (retshandelsmodtageren) staa risikoen for, at dette motiv holder stik. Med andre ord: Forudsætningen for retshandelsgiverens forpligtelse i et gjensidigt bebyrdende retshandelsforhold er, at retshandelsmodtageren ogsaa er forpligtet[2].

[1] Et eksempel hidsættes: Et testament er oprettet uden iagttagelse af de foreskrevne former. Intestatarvingerne, som ikke tør vove en proces, indgaar forlig, ved hvilket den testamentariske arving faar halvdelen af boet. Dette forlig kan ikke (bortseet fra testamentarvingens svig, uagtsomhed eller hans overtagelse af risikoen ved retshandelsoptræden) angribes, om intestatarvingerne senere faar sikker kundskab om, at de kunde have vundet i en proces.

Anderledes vilde imidlertid sagen staa, om der fremkom et nyt testament, som annullerede det gamle og indsatte intestatarvingerne til arvinger. Thi kun det første, ikke det sidste testaments gyldighed havde været forligspunkt.

[2] Heraf følger, hvad der i § 6 er fremholdt, at retshandelsgiverens vilje gaar ud paa at frembringe retsvirkning, ikke blot økonomisk virkning.

VI. Ogsaa ellers kommer forudsætningssynspunktet frem, næsten overalt i kontraktslæren. Vi skal ikke gjennemgaa flere tilfælde, kun til slutning nævne, at vi har det i kautionslæren (hovedskyldnerens forpligtelse forudsætning for kautionistens, hovedkautionistens forpligtelse forudsætning for varakautionistens), ved afgjørelse af spørgsmaalet, om den ene part har adgang til at fragaa kontrakten paa grund af, at den anden part ikke opfylder sin forpligtelse i rette tid, ved bedømmelse af spørgsmaalet, hvorvidt gaver mellem forlovede gaar om, naar forlovelsen gaar overstyr[1] osv.

§ II. Forudsætningssynspunktet som fortolkningsmiddel hvad en retshandels bipunkter angaar.

I. En retshandel kan aldrig blive fuldstændig affattet i den forstand, at den skulde indeholde bestemmelse om ethvert tilfælde, som maatte indtræde og være af interesse for parternes mellemværende. Skulde parterne forsøge paa at være udtømmende i denne forstand, maatte de skrive en kontrakt af omfang som en liden obligationsret. Og alligevel kunde det hænde, at et tilfælde indtraadte, hvorom de ingen bestemmelse havde fattet.

Naar nu et saadant unormeret tilfælde indtræder, saa spørges der: Hvorledes skal det bedømmes?

Indeholder vor ret nogen deklaratorisk regel for tilfældet, er sagen klar. Denne regel bliver at anvende. Saaledes f. eks. sjølovens § 110, 1ste og 2det passus. Men i de fleste tilfælde vil vi selvfølgelig forgjæves lede efter en speciel norm, der giver svar[2].

II. To praktiske tilfælde skal hidsættes, før vi gaar videre.

1) A sælger sin gaard til B mod at erholde et livsvarigt kaar paa kr. 120,00 aarlig, at betale efterskudsvis hver 14. april. Saa bliver de enige om, at A istedetfor det aftalte kaar skal have livsfæste paa en husmandsplads under gaarden. A tiltræder pladsens brug og dør saa, lad os sige 14. juni aaret efter. Nu opstaar

[1] Jfr. herom Windscheid i Archiv f. d. c. Praxis bd. 78 s. 185. Naar Windscheid paa dette sted vil afgjøre spørgsmaalet i den ene eller anden retning, eftersom det kan antages, at gaven er givet til vedkommende i egenskab af kjær person eller i egenskab af tilkommende ægtefelle, saa fører dette videre til omstødelse af saadanne gaver, end det her udviklede forudsætningssynspunkt gjør. Retshandelsgiveren maa nemlig i stor udstrækning staa risikoen, selv om han giver en gave til sin forlovede i dennes egenskab af tilkommende ægtefelle.

[2] Har ikke engang den preussiske landret drevet det dertil — heldigvis kan man sige.

der strid mellem B og A's arvinger om tidspunktet for pladsens fravigelse. B paastaar straks. A's arvinger først til første faredag, hvortil lovlig opsigelse kunde være givet i det øieblik, A døde.

2) (Variation af foregaaende eksempel). A sælger sin gaard til B mod en vis kjøbesum og kaar bestaaende af nærmere bestemte ydelser til sig og hustru for begges levetid. Siden bliver parterne enige om, at A og hustru istedetfor dette kaar skal have husmandsfæste paa en plads under gaarden for begges levetid. A's hustru dør, han gifter sig igjen og dør saa selv. B bestrider nu den efter A gjenlevende enkes ret til husmandsfæstet ogsaa for hendes levetid.

III. Nogen speciel lov- eller sedvaneretsbestemmelse, hvorefter det første tilfælde skal afgjøres, kan ikke paavises. Heller ikke for tilfælde nr. 2's vedkommende[1]. Skulde da i disse og lignende tilfælde afgjørelsen til den ene eller anden parts fordel afhænge af, hvem der tilfældigvis havde besiddelsen eller sagvolderens rolle, vilde en kontrahents rettighed ifølge en kontrakt være givet tilfældigheden og vilkaarligheden i vold. Det vilde være en falliterklæring fra den materielle rets side. Da nu i vort som i ethvert andet retssystem[2], der ikke positivt hjemler det modsatte, den samme regel gjelder, der udtrykkelig er udtalt i code civil art. 4 (dommeren maa ikke vægre sig for at dømme under paaskud af at loven tier, er dunkel eller ufuldstændig), saa maatte vi have en materiel norm, hvorefter vore tilfælde kunde afgjøres, om den skulde manes ud af berget.

Og man er i virkeligheden ikke synderlig uenig om, hvilket synspunkt man har at anvende. Man anvender bevidst eller ubevidst det udviklede forudsætningssynspunkt. Man undersøger, hvem det er naturligt at paalægge risikoen for den indtrufne begivenhed. Eller som man ogsaa pleier at sige: Man stiller sig paa parternes standpunkt i kontraktsøieblikket og spørger: Hvilken bestemmelse vilde de som gode, forstandige og med retslivets tarv fortrolige[3] mænd have fattet, om de ved retshandelens indgaaelse havde havt det ind-

[1] Den af høiesteret hævdede fortolkning af n. l. 3—14—11 (jfr. husmandslovens § 1) kan klarligvis ikke anvendes i vort tilfælde. (Aubert: Obligationsrettens sp. del I side 243, særlig note 2).

[2] Herom Regelsburger: Pandekten I side 156.

[3] Heri ligger ogsaa, at det ikke forudsættes, at parterne vilde have fattet en bestemmelse, der tænkt som almindelig norm for den slags tilfælde vilde have en anomal karakter i forhold til, hvad der ellers gjelder som ret.

traadte tilfælde for øie? Og uden denne regel vilde vi i virkeligheden hverken i praksis eller theori komme langt.

Anvender vi den opstillede fortolkningsregel paa de 2 anførte tilfælde, vil ikke afgjørelsen være synderlig tvilsom. I første tilfælde maa B bære risikoen for, at kaaret kommer til at vare noget længer end til A's død. Thi under en modsat forudsætning kunde han let komme til at høste, hvor A havde saaet. A's arvinger faar saaledes sidde paa pladsen til første faredag. I andet tilfælde faar enken efter A ogsaa nøie sig hermed. At A giftede sig igjen efter sin første hustrus død, er noget, som er B fuldstændig uvedkommende, og som han ikke har at bære omkostningerne ved.

IV. Hidtil forudsat, at vi har med en retshandel at gjøre, der skal fortolkes. Men ogsaa, naar der spørges, om en kjendsgjerning er retslig relevant eller ikke, om der foreligger en retshandel eller ikke, maa det samme synspunkt ofte anvendes[1]. Dette kan ikke her forfølges nærmere.

Forudsætningssynspunktet kommer saaledes frem saa at sige overalt, og om man vilde benægte forudsætningslæren theoretisk, man vil ikke kunne undvære den i praksis. Som Windscheid saa træffende har sagt[2]: «Die Voraussetzung wird sich immer geltend machen. Zur Thüre hinausgeworfen, kommt sie zum Fenster wieder herein».

§ 12. Særskilte bemerkninger om condictio indebiti.

I. Ved behandling af læren om tilbagesøgning af en paa grund af vildfarelse foretagen formueoverdragelse maa der sondres, eftersom vildfarelsen knytter sig til

[1] Et par eksempler (frit efter Ihering) hidsættes til overveielse uden her at afgjøres:

1) A taler med sin læge paa et bal og benytter anledningen til at spørge ham til raads i et sygdomstilfælde. Har lægen krav paa honorar? Vilde ret til honorar være begrundet, om A under de samme omstændigheder havde spurgt nogen anden end sin egen læge (d. v. s. den læge, han sedvanlig pleier at benytte) tilraads?

2) A spørger den forbigaaende B om veien til jernbanestationen. I distraktion (culpa) svarer B istedetfor første gade tilhøire første gade tilvenstre. A kommer som følge heraf forsent til toget og lider derved et økonomisk tab. Har han krav paa skadeserstatning under henvisning til, at culpa efter norsk ret danner almindeligt skadeserstatningsfundament ogsaa udenfor kontraksforhold? Maatte man for at udelukke skadeserstatningspligt operere med compensatio culpæ?

[2] I Archiv f. d. c. Praxis bd. 78 s. 197.

a) overdragelsesretshandelen eller
b) dens grund (kausalretshandelen[1])

I sidste fald foreligger det emne, som i almindelighed pleier at udgreies under læren om condictio indebiti.

Det første emne skal her behandles i afsnittet om vildfarelse ved overdragelsesretshandler. Man kunde maaske finde, at de bemerkninger, som her skal fremsættes om condictio indebiti helst burde faa plads der. Paa det sted kunde imidlertid ikke tages hensyn til condictio indebiti per errorem promissi, og da dette søgsmaal med hensyn til grundlag maa følge samme regel som condictio indebiti p. e. soluti, synes begge søgsmaals grundlag rettest at burde behandles her. Spørgsmaalet om søgsmaalets omfang, forsaavidt vindikation er udelukket, behandles selvfølgelig rettest i denne sammenhæng.

II. Søgsmaalets grundlag. Retshandelsmodtageren forudsættes i god tro (ikke svig, ikke uagtsomhed maa foreligge).

At vor ret kjender dette søgsmaal, uagtet der ikke kan paavises nogen direkte lovhjemmel derfor, maa siges at være anerkjendt nu[2]. Derimod er den retslige konstruktion saare omtvistet. Skal tilbagesøgningens grundlag være en umiddelbar rets (sedvanerets) bestemmelse eller er grundlaget bristende forudsætninger[3]. Denne strid har ikke nogen synderlig interesse efter vort standpunkt. Efter det her udviklede kommer det an paa, om retshandelsmodtageren bærer risikoen for gjeldens eksistens, eller med andre ord: Om det er et individuelt motiv for betalingen af en gjeld, at den eksisterer, eller om det er et motiv af almen natur. Naar spørgsmaalet stilles saaledes, maa svaret være givet. Da vi ikke har begrundet dette forudsætningssynspunkt ved en henvisning til parternes formodede vilje, men søgt retshjemmel[4] derfor, saa har den nævnte strid tabt sin gjenstand.

Om retshandelsmodtageren (kreditor) bærer risikoen for gjeldens eksistens, saa kan der alligevel spørges, om dette vil sige, at han

[1] Her en obligatorisk retshandel eller sidste viljeserklæring.

[2] Se høiesteretsdom retst. 1863 s. 550 (repert. IV, 1 s. 516, ogsaa citeret hos Ingstad i hans romerretsforelæsninger).

Høiesteretsdom i repert. I s. 293 taler ikke herimod, da indstevnte her frifandtes, fordi den betalende i virkeligheden intet tab havde lidt ved betalingen (til den in casu indebite betalte afgift var der taget hensyn ved bestemmelsen af de allerede solgte varers pris).

Jfr. ogsaa voteringerne i den i retst. 1871 s. 33 flg. meddelte høiesteretssag.

[3] I første retning Ingstad i sine kontratrykte romerretsforelæsninger, i sidste retning Hagerup i retst. 1885 s. 245 flg.

[4] Og retten virker jo uden hensyn til parternes vilje, jfr. §§ 5 og 6.

har risikoen for, at der eksisterer en retskraftig forpligtelse, eller om han kun har risikoen for, at der eksisterer en betalbar forpligtelse. Efter vor lære om risikoen vilde det maaske fremstille sig som det naturlige, at kreditor havde risikoen for det første, ikke blot for det sidste. Heraf vilde da følge, at condictio indebiti var begrundet, naar man i vildfarelse havde betalt en obligatio naturalis. Dog kan der ogsaa efter vor lære siges meget for kun at anse det for et individuelt motiv, at retshandelsgiveren ikke vilde have betalt, dersom han havde vidst, at der forelaa blot en obligatio naturalis. Thi hæderlige mænd betaler ogsaa saadan gjeld, og ikke hæderlige motiver maa ogsaa fra et retsstandpunkt altid ansees som individuelle. Om man end vilde benægte rigtigheden heraf, saa maa det vistnok alligevel ansees for sedvansmæssig fastslaaet, at retshandelsmodtageren kun bærer risikoen for, at der eksisterer en betalbar forpligtelse. Og her skal vi erindre, at netop med hensyn til det spørgsmaal, hvor risikoen skal ligge, og hvilken udstrækning den skal have, vil den sedvansmæssige retsudvikling paa mange punkter gribe ind[1].

Naar vi har lært, at bristende forudsætninger kan gjøres gjeldende ogsaa af den uagtsomme retshandelsgiver, saa viger vi heller ikke tilbage for denne konsekvens her[2]. Dog skal vi ikke undlade

[1] Risikosynspunktet maa netop her holdes skarpt for øie, skal man undgaa de ikke usedvanlige mistak i læren om condictio indebiti. I teksten er ikke sagt mer, end at kreditor har risikoen for kausalretshandelens evne til retslig at kunne opfyldes. Her bringes i erindring eksempler svarende til de i § 9 under IX nævnte:

1) Lover jeg f. eks. en stiftelse 10 000 kroner, er jeg pligtig at betale, selv om den kjendsgjerning, der har bevæget mig til dette løfte, ikke holder stik. Et udslag af denne tankegang er 65—2 D. 12—6: gave er gave, af hvilke grunde den kommer.

2) Betaler man tredjemands gjeld i den feilagtige tro ligeoverfor denne at være forpligtet dertil, har man ingen tilbagesøgningsret: ikke af den grund, som Dernburg anfører i sin pandektlærebog II s. 373, at kreditor her faar, hvad han har at kræve; thi denne grund passer ogsaa merkelig godt paa det tilfælde, at man betaler en tredjemands gjeld i den tro selv at være skyldner. Og dog har man her tilbagesøgningsret. Den virkelige grund for tilfældenes forskjellige behandling skal vi ikke trætte med at gjentage.

[2] Professor Ingstad, der paa sine romerretsforelæsninger har udredet dette emne ogsaa for norsk rets vedkommende, udtaler, at han ogsaa finder dette rimeligt, men frygter, at domstolene ikke vil gaa med paa en saadan lære. Han finder imidlertid, at er begge parter in culpa, maa man se bort fra den, og det maa man ihvertfald antage, hvad man end vil mene om det i teksten fremholdte.

Hvad fremmed ret angaar merkes først, at romerretten efter den herskende lære ikke tillod den uagtsomme betaler at tilbagesøge (jfr. Dernburg: Pandekten

at bemerke, at om man ved en mer indgaaende undersøgelse af praksis[1], end det har været anledning til ved dette skrifts udarbeidelse, kunde bringe paa det rene, at den uagtsomme betaler ikke har nogen tilbagesøgningsret, saa kan man ikke deraf slutte, at det samme skal gjelde for den retshandelsgiver, der anlægger condictio indebiti per errorem promissi eller overhovedet ved obligatoriske retshandler. Der kan nemlig, som det let indsees, paaberaabes særskilte grunde for at trække trangere grænser for at røre ved en engang foretagen tinglig retshandel end ved en engang indgaaet obligatorisk retshandel. Det retteste er imidlertid at antage, at uagtsomhed ikke udelukker adgangen til at tilbagesøge, kun influerer paa søgsmaalets omfang.

III. Søgsmaalets omfang.

Dette spørgsmaal behandles her under forudsætning af, at vindikation er udelukket[2].

Dersom vi som fra et aksiom kunde gaa ud fra den sætning, at hvor søgsmaalets grundlag er en brusten forudsætning, der er dets omfang berigelsen[3], saa var jo sagen dermed afgjort. Intet vilde imidlertid være falskere. Udgangspunktet maa være det omvendte. Naar en forudsætning brister, bliver den forrige stand at gjenoprette, medmindre særskilte grunde taler for noget andet. Den,

II s. 373 og de der citerede kildesteder). Kontinentets lovbøger fra dette aarhundrede er derimod sjelden enstemmig i ikke at udelukke den uagtsomme betaler fra tilbagesøgning (se f. eks. c. civil art. 1377 (jfr. 1376), østerrigske lovbog art. 1431 (Wenn jemanden aus einem Irrthume, wäre es auch ein Rechtsirrthum etc.), schweizisk obligationsretsl. § 72, tysk civill. 812 jfr. 814).

[1] Under voteringen i en høiesteretssag i retstid. 1895 s. 203 nævner første voterende, til hvis votum de andre sluttede sig, at den betalende for at kunne søge tilbage det ydede indebitum maatte bringe til overveiende sandsynlighed, at han havde betalt paa grund af en ham «utilregnelig faktisk vildfarelse». Imidlertid byggedes domsresultatet, saavidt skjønnes, paa, at han havde vedtaget en vis fortolkning af kontrakten, saa det betalte virkelig skyldtes.

Paa denne dom kan altsaa intet i her bestridt retning bygges.

[2] At dette er tilfældet vil senere behandles under afsnit III i dette kapitel.

[3] Dette har nuværende statsminister Hagerup gjort i sit skrift: Kjøb og salg, se s. 88 note (§ 10 note 14) og navnlig s. 100—101 (jfr. § 11 note 6) og er herved kommen til det besynderlige resultat, der tilstrækkelig beviser udgangspunktets uholdbarhed, at naar kjøberen fragaar kjøbekontrakten paa grund af gjenstandens kontraktsstridighed (bristende forudsætninger), har han ikke noget krav paa sælgeren, hvis kjøbesummen kasuelt er gaaet tilgrunde. Naar romerne havde en anden regel, opfatter Hagerup dette som bevis paa, at actio redhibitoria ikke grundede sig paa forudsætningssynspunktet. Rigtigheden af denne argumentationsmaade kan ikke indsees.

der f. eks. har betalt forskudsleie kan, naar tingen kasuelt gaar til grunde, før leietidens udløb, søge det betalte (forholdsvis selvfølgelig) tilbage, uden hensyn til, om udleieren har havt nogen nytte af leiesummen. Men grundlaget for søgsmaalet er her bristende forudsætninger efter vor opfatning heraf[1].

Skal nu det samme antages for condictio indebiti? Havde man betalt en gjeld paa den betingelse, at man skulde faa pengene tilbage, hvis gjelden ikke eksisterede, er det klart, at man kunde søge det hele tilbage, om det viste sig, at gjelden ikke eksisterede. Kan da en forudsætning i denne henseende ligestilles med en betingelse? Det antager danske forfattere[2]. Dette standpunkt kan imidlertid ikke anerkjendes for norsk rets vedkommende. Sagen er nemlig: En udtrykkelig betingelse, tilføiet en retshandel i den ene parts favør kan modificeres ved en udtrykkelig betingelse[3] i den anden parts favør — en forudsætning paa samme maade ved en forudsætning. *Condictio indebiti* fremkommer ved en krydsning af modstaaende forudsætninger. Søgsmaalets grundlag er som alt fremholdt en forudsætning i den betalendes favør, dets omfang bestemmes ved en forudsætning i modtagerens favør.

Eller for at fremstille tanken mer konkret, lader vi parterne som gode og forstandige mænd føre en forhandling herom ved betalingen. Vi spørger saa, hvilke forbehold de da vilde have stillet hinanden og akcepteret med risikosynspunktet for øie:

Naar A betaler sin formentlige gjeld — et legat paa 10 000 kroner — til B, vilde han, da hans hensigt er at betale en sig paahvilende gjeld, have gjort forbehold om at faa det betalte tilbage, om det var kommet paa tale, at gjelden ikke eksisterede. Dette forbehold vilde B have gaaet ind paa, da han har risikoen for gjeldens eksistens.

«Men», vilde B have sagt, «efter alt, hvad der nu foreligger, skal jeg have disse penge hos dig, og gjelden er forfalden. Betaler du ikke, kommer du in mora. Som debitor moratorius[4] vilde du have risikoen for pengene, altsaa maa du gaa ind paa ikke at anlægge

[1] At romernes søgsmaal her var actio conducti kan selvfølgelig ikke anvendes som argument herimod.

[2] D. v. l. forsaavidt vindikation, ogsaa efter deres mening, in concreto er udelukket. Hallager antager ogsaa, at søgsmaalet gaar paa det hele. Se hans obligationsret II s. 595.

[3] Og efter omstændighederne ved en forudsætning, om end sjelden.

[4] Moramomentet tages ind med her, for at begrundelsen skal gjelde ogsaa udenfor genusskyld.

søgsmaal mod mig til tilbagebetaling, om pengene hændelig skulde gaa til grunde». «Ja selvfølgelig», vilde A have svaret. «Videre», vilde B sige, «som sagt, efter hvad der foreligger skal jeg have disse penge. Naar jeg faar dem, vil jeg have en del udgifter, som jeg ellers ikke vilde faa. Jeg nævner først og fremst skatterne, statsskatten og kommuneskatten. Men du vilde jo ogsaa have skatterne, derfor maa du gaa ind paa, at jeg i tilfælde drager disse fra». Ogsaa her vilde A svare selvfølgelig.

«Saa ved du», fortsætter B, «at min kone er medlem af de norske kvinders forening til indsamling til krigsskibet. Naar det høres i foreningen, at jeg har faaet 10 000 kroner som legat, vil hun ikke kunne vise sig der eller i sin hidtidige omgangskreds uden at give noget ekstra til forsvarssagen. Jeg forudsætter, at jeg bliver lænset for 200 kroner hertil. Men da du ogsaa vilde have en del ekstraordinære udgifter, om gjelden ikke eksisterede og du beholdt pengene, saa maa du gaa ind paa, at jeg i tilfælde faar drage dette beløb fra». A vilde vel have gaaet ind derpaa. Paa denne maade kan vi tænke os, at B fortsætter endnu en stund, men efterhaanden begynder der at danne sig en rynke paa A's pande, der bliver større og større, jo længer B fortsætter, indtil den tilsidst antager saadanne dimensioner, at A siger: «Nei, dette bliver at komme fra asken i ilden, jeg staar heller den risiko at komme in mora».

Dette vil sige: A gaar ind paa de søgsmaalets omfang indskrænkende vilkaar fra B's side, saalangt disse er saadanne som en god og forstandig mand vilde have gjort, thi betaleren maa, under forudsætning af, at modtageren bærer sig ad som en god og forstandig mand, have ansvaret (risikoen) for, at denne ikke lider nogen skade af at modtage betalingen.

Uforstandige udgifter, f. eks. pengenes bortsviring i drikkelag, faar han derimod afholde paa egen risiko; thi «quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire[1].

[1] 203 D. 50—17.

Som det fremgaar af det i teksten fremholdte, formenes modtagerens kulpa ikke blot at kunne referere sig til modtagelsesakten, men ogsaa umiddelbart til det modtagnes opbevaring og anvendelse. Heraf følger den vigtige konsekvens, at dette berigelsessøgsmaal ogsaa med hensyn til omfang kan være forskjelligt fra andre berigelsessøgsmaal, der maaske kjendes i vor ret. Da det her ikke er stedet at udrede dette, skal kun nævnes som eksempel det søgsmaal, der kan anlægges mod den, der i god tro har afhændet en i hans besiddelse værende fremmed ting. Denne kan nemlig ikke være in culpa umidelbart med hensyn til kjøbesummens opbevaring og anvendelse. Kun, naar der kommer oplysninger frem, der burde have bibragt ham kundskaben om, at han havde afhændet en fremmed ting, kommer han in culpa.

Dog slipper han efter reglerne for compensatio culpæ at betale slige udgifter, dersom den betalende havde været in culpa.

Forsaavidt faar dette moment sin betydning[1].

At tilbagesøgningen indskrænkes til berigelsen, det er saaledes saa langt fra «billighedsmageriets indhug paa de faste retsnormer»[2], at det tvertom følger af det samme synspunkt, hvorpaa den grundes (forudsætningssynspunktet). Har man her sagt a, maa man ogsaa sige b.

Dette er det resultat, som vi kommer til ved at operere med det ovenfor fremstillede forudsætningssynspunkt. Imidlertid kan det hænde, at vor praksis[3] vil gaa videre og fritage den godtroende betalingsmodtager for ansvaret for culpa med hensyn til det modtagnes opbevaring og anvendelse.

Nogen indvending mod søgsmaalets indskrænkning til berigelsen kan ikke hentes fra den praktiske vanskelighed at fastsætte søgsmaalets omfang[4]. Veksellovens § 93 og sjølovens § 158, der indskrænker søgsmaalets omfang til berigelsen, viser nemlig, at vor lovgivning har sat sig udover disse betænkeligheder[5].

Vi har i det foregaaende havt tilbagesøgning af ikke-skyldte betalte penge for øie. Søgsmaalets gjenstand kan ogsaa være andre formuegoder (andre fungible gjenstande end penge, individuelle gjenstande og overtagne forpligtelser)[6]. Det ovenfor udtalte bliver her analogisk at anvende. Dette skal vi ikke opholde os ved. Dog skal bemerkes, at naar befrielsessøgsmaal anlægges for at faa en indebite overtagen forpligtelse kjendt ugyldig, kan der vistnok ingen grund anføres for, at retshandelsgiveren skal maatte nøie sig med noget mindre end fuldstændig restitutio in integrum. Har saaledes retshandelsmodtageren givet 200 Kroner til Nansenfondet, fordi han nu i henhold til den lovede ydelse tror at have raad til at afse denne sum til videnskabens fremme i vort land, faar han

[1] Om dette moments betydning med hensyn til bevisbyrden se § 9, XIV.

[2] Jul. Lassen i tidsskrift for retsvidenskab I s. 475.

[3] Der kjendes ingen dom, der afgjør spørgsmaalet. I den citerede dom af 1863 blev hele beløbet paalagt tilbagebetalt, men der oplystes heller ikke noget om, at berigelsen var mindre.

[4] Jul. Lassen gjør indvendinger i den retning. Se hans haandbog s. 195 jfr. 200.

[5] Saaledes ogsaa Hagerup i tidsskrift for retsvidenskab 1894 s. 69.

[6] Kan indebite ydede tjenester søges tilbage? Selvfølgelig ikke tjenesten, forsaavidt den er et formuegode, der produceres og konsumeres samtidig. Men vederlag for tjenesten efter den udviklede regel. Se side 47 note 1.

gjøre dette paa egen risiko. Thi en lovet ydelse er altid en fugl paa taget, og der kan komme mangt mellem munden og bægeret[1].

IV. Som bemerket har ikke enhver paa en brusten forudsætning grundet tilbagesøgning af ydede formuegoder samme omfang. Den kan snart gaa paa det hele snart paa berigelsen. Det kunde maaske i denne sammenhæng ventes en nærmere udredning af, naar det ene og naar det andet. Herom skal gives kun en kort bemerkning.

Naar tilbagesøgningen af den erlagte ydelse grunder sig paa hensyn til modydelsen, hvad enten den alt er præsteret eller først skal præsteres, vil tilbagesøgningen omfatte det hele.

Dette vil saaledes være tilfældet naar kontrakten omgjøres, fordi modydelsen ikke erlægges eller ikke er kontraktmæssig. Thi den, til hvem der er ydet, har risikoen for, at modydelsen erlægges og er kontraktmæssig. Men bærer han risikoen herfor, maa han selvfølgelig ogsaa bære risikoen for, at yderens ret til at fragaa kontrakten paa grund af, at modydelsen ikke erlægges eller ikke er kontraktmæssig, ikke bliver illusorisk ved den modtagne ydelses undergang.

Følgelig maa han tilbagebetale det hele[2].

V. Vi skal gjøre nogle yderligere bemerkninger til imødegaaelse af indvendinger, der er fremsatte mod forudsætningslæren. Disse bemerkninger gives paa dette sted, fordi de fremsatte indvendinger er belyste med eksempler fra læren om condictio indebiti.

Naar ingen fuldbyrdelsesretshandel er foretaget, saa har det i gjensidigt bebyrdende retshandelsforhold ingen interesse at opkaste

[1] Hvad søgsmaalets omfang i fremmed ret angaar saa indskrænkes det regelmæssig til berigelsen, se schweizisk obligationsretst. art. 73, code civil art. 1380, østerrigsk lovbog § 1437, tysk civillov § 812 flg. (merk overskriften). For romersk ret er spørgsmaalet omtvistet for tilbagesøgning af ydede penge, idet nogle tror, at søgsmaalet da ikke indskrænkedes til berigelsen. Se herom Dernburg: Pandekten II s. 375.

[2] For et tilfælde, for hvilket der i vor litteratur (se Hagerups «Kjøb og salg» s. 100—101 jfr. ovenfor under III) specielt er hævdet en modsat anskuelse, kan vi ogsaa ad en noget anden vei komme til samme resultat: Naar en retshandel angribes med actio redhibitoria, maa kjøberen bære risikoen for den til ham overdragne tings undergang, medmindre den er en følge af den feil eller mangel, der begrunder søgsmaalets anvendelse. Thi under den først nævnte forudsætning har kjøberen ingen interesse af at paaberaabe sig feilen. Men naar kjøberen bærer risikoen for tingen, maa selvfølgelig sælgeren bære risikoen for kjøbesummen. At denne slutning er bindende, vil let indsees, naar man istedetfor kjøb og salg sætter bytte og istedetfor kjøbesummen den bortbyttede gjenstand. Altsaa kan kjøberen, naar kontrakten gaar om, søge kjøbesummen tilbage, selv om den kasuelt er gaaet tilgrunde.

det spørgsmaal, hvorledes det gaar, naar retshandelsmodtageren ikke er retshandelsdygtig eller endog ikke deliktsdygtig. Retshandelen er da efter det før udviklede uforbindende allerede af den grund, at retshandelsmodtageren i sin egenskab af retshandelsgiver ikke er forpligtet. Er derimod en tinglig overdragelsesretshandel foretaget i henhold til en formentlig forpligtende retsgrund, som naar et indebitum er betalt, saa opstaar det spørgsmaal: Har det nogen indflydelse paa adgangen til at søge det betalte tilbage, at overdragelsesretshandelsmodtageren ikke er retshandelsdygtig?

Lenel har i sin kritik af Windscheids forudsætningslære indvendt mod denne lære: Naar et indebitum er betalt til en sindssyg (retshandelsudygtigt individ), saa maa tilbagesøgning efter Windscheids forudsætningslære være udelukket; thi en retshandelsudygtig person kan ikke akceptere den betalendes forbehold om at faa det betalte tilbage, om det skulde vise sig, at gjelden ikke eksisterede. Da imidlertid tilbagesøgningsret er paakrævet ogsaa i dette tilfælde og efter den positive romerske ret visselig ogsaa hjemlet, saa skulde Windscheids forudsætningslære være uskikket til at forklare endog den positive romerske rets enkeltbestemmelser. Og end mindre kunde den være egnet til at danne nogen generel regel for retshandlers angribelighed formedelst vildfarelse i motiverne. Denne indvending synes ved første øiekast svært plausibel, men ved nærmere eftertanke viser den sig ikke engang at være istand til at slaa Windscheids forudsætningslære, rigtig opfattet efter sin aand og kjerne, af marken.

Dette punkt skal vi ikke opholde os ved, da den her fremsatte forudsætningslære ikke vil falde for dette stød, selv om Windscheids skulde gjøre det.

Vi skal indskrænke os til kun at prøve indvendingen, forsaavidt det har interesse for vort standpunkt.

Vi stiller os da det spøgsmaal: Hvem har at bære risikoen for retshandelsmodtagerens retshandelsudygtighed? Retshandelsgiveren eller retshandelsmodtageren selv?

Der gives mer end én vei, paa hvilken man kan tænkes at komme frem til det svar: Retshandelsmodtageren selv. Vi skal imidlertid indskrænke os til at paapege et moment, der maaske er mest skikket til at vække modsigelse, men som dog skal fremholdes til mulig prøvelse.

Det opkastede spørgsmaal har en større rækkevidde, end man fra først af skulde tro. Thi det kan — for at tage tyren ved hornene med engang — ogsaa stilles saaledes: Kan et deliktsudygtigt individ tilregnes egen skyld? Det vil sige: Naar et retskrav (eller

en retsfølge) udelukkes ved egen skyld, kan da et ikke-deliktsdygtigt individ begaa nogen egen-skyldhandling?[1] Med andre ord: Er egen-skyld-dygtighed og deliktsdygtighed synonyme begreber?

Spørgsmaalet i sin almindelighed skal her kun opkastes, ikke besvares. Vi tager hensyn til vort emne og spørger: Naar en sindssyg ved falske angivelser faar en mand, der ikke kjender hans aandelige tilstand, til at overdrage sig en ting, gaar da eiendomsretten over?[2] Spørgsmaalet synes blot at opkastes for at maatte besvares benægtende. Thi et bekræftende svar vilde i den grad stride mod al sund sans, at det ikke kan antages uden tvingende grunde, hentede fra den positive ret[3]. Men heraf følger: Naar et retshandelsdygtigt individ ved sin optræden velter risikoen for rigtigheden af retshandelsgiverens motiver over paa sig, saa gjør et ikke-retshandelsdygtigt individ det samme. Man kan af sin retshandelsudygtighed i denne henseende ikke smede vaaben til opnaaelse af en fordel, som man ellers ikke vilde have havt krav paa. Heraf følger videre: Eiendomsoverdragelse til en sindsyg er ugyldig, medmindre det kan antages, at overdrageren vilde have foretaget overdragelsen, selv om han havde kjendt retshandelsmodtagerens mangel paa juridisk handledygtighed. Overdrageren har altsaa sin eiendomsret i behold.

Har man betalt et indebitum til en sindssyg kan man altsaa vindicere. Er vindikation af faktiske grunde, eller fordi tingen er kommet over paa godtroende tredjemands haand, udelukket, har man et obligatorisk tilbagesøgningskrav efter den almindelige regel for condictio indebiti. Dog med den selvfølgelige modifikation, at man ikke kan paalægge den sindssyge ansvar for tingens opbevaring eller anvendelse.

Om man benægter den maade, hvorpaa vi er kommet frem til dette resultat, saa har det for læren om tilbagesøgning af en paa grund af vildfarelse betalt ikke-skyld ingen anden betydning, end

[1] Dette spørgsmaal er med hensyn til den tyske «Haftpflichtgesetz» af 7/6 1871, der udelukker driftsherrens ansvar for driftsulykker, naar de er foraarsaget ved den skadelidendes egen skyld, opkastet af Oberlandesgerichtsrath F. Croissant i et lidet skrift: Eigenes Verschulden und Handlungsunfähigheit, Strassburg 1893.

[2] Jfr. afsnit III i dette kapitel, hvor det vises, at eiendomsretten under de samme omstændigheder ikke vilde gaa over paa et retshandelsdygtigt individ. For at et moment, der her er uvedkommende, skal holdes borte, kan vi tænke, at tingen paa den sindssyges vegne overdrages til værgen.

[3] Kan en saadan ligge deri, at en sindssyg ikke kan foretage retslig relevante handlinger. Bliver f. eks. en sindssyg ikke at paalægge erstatning for nødstilstandshandlinger efter den almindelige regel derom? Jeg haaber i et andet skrift at kunne besvare dette spørgsmaal.

at det betalte heller ikke fra den sindssyge kan vindiceres. Condictio indebiti er ikke dermed ogsaa udelukket. Thi at et sindssygt ikke mindre end et retshandelsdygtigt individ bærer risikoen for gjeldens eksistens, behøver efter det tidligere udviklede ingen nærmere paavisning.

II.

Uægte vildfarelses indflydelse paa gyldigheden af obligatoriske formueretshandler inter vivos[1].

§ 13. Tillids- og viljestheori.

I. Hvad der menes med retshandelsvilje og udførelseshandling er forklaret i § 4. Der er ogsaa omtalt, at med uægte vildfarelse menes den ubevidste (eller paa vildfarelse beroende) uoverensstemmelse mellem retshandelsviljen og udførelseshandlingen. Ligeledes omtalt, at saadan uoverensstemmelse kan have sin grund enten i mangel paa bevidsthed om udførelseshandlingens indhold eller i en vrangforestilling om indholdets betydning.

II. Naar der spørges, hvilken indflydelse, den uægte vildfarelse bliver at tillægge, saa er der 2 theorier, der staar mod hinanden, nemlig:

1) tillidstheorien (ogsaa kaldet erklæringstheorien)[2]. Efter denne theorie er udførelseshandlingen det egentlig retsstiftende. Retshandelsgiveren forpligtes i overensstemmelse med den. Det vil nærmere sige: Han forpligtes i overensstemmelse med den mening, som retshandelsmodtageren som en god og forstandig mand[3] kunde lægge ind i udførelseshandlingen. Mulig uoverensstemmelse mellem retshandelsviljen og udførelseshandlingen ignoreres, medmindre den erkjendtes eller burde være erkjendt af retshandelsmodtageren som en god og forstandig mand.

[1] Jfr. hermed især: Regelsberger: Pandekten 1 § 140, det tyvende tyske juristmødes forhandlinger bd. 3 s. 3—121 og bd. 4 s. 83—137 og s. 416, Jul. Lassen: Haandbog i obligationsretten § 17 (jfr. § 8) samt de tidligere anførte verker af Pfersche og Leonhard.

[2] Paa tysk: Die Erklärungstheorie.

[3] Vil det sige, at udførelseshandlingen skal gives den mening, som en god og forstandig mand i retshandelsmodtagerens stilling eller som en uhildet tredjemand vilde give den? Jul. Lassen i sin haandbog s. 72—73 synes at hylde den sidste opfatning.

2) viljestheorien. Denne theori siger: Det normale er, at udførelseshandlingen dækker retshandelsviljen. Dette normale forhold har lovgiveren for øie, naar han erklærer retshandelen for forbindende. Mangler retshandelsviljen paa grund af en paa vildfarelse beroende uoverensstemmelse mellem den og udførelseshandlingen, foreligger kun en retshandels skin, ingen virkelig retshandel [1].

At der fra denne theoris standpunkt maa foreligge ogsaa udførelseshandlingsvilje, er selvsagt. Saa ikke fra tillidstheoriens standpunkt. Hylder nemlig en tilhænger af denne theori tillige den i § 6 omtalte objektive theori, maa udførelseshandlingsvilje være irrelevant [2].

III. Begge theorier modificeres ofte af sine tilhængere, saa de kommer til at nærme sig hinanden. Viljestheorien paa den maade, at retshandelsviljen ignoreres, dersom dens uoverensstemmelse med udførelseshandlingen beror paa grov uagtsomhed (Windscheid) [3].

Forresten er der ogsaa andre standpunkter. Den nye tyske civillov lader f. eks. ikke uagtsomhed have betydning for viljeserklæringens gyldighed (se dens § 119). Efter den kommer uagtsomhed under kontraktsslutningen aldeles ikke i betragtning, ikke engang til begrundelse af erstatning for den negative kontraktsinteresse; thi denne maa erstattes uden alt hensyn til, om der foreligger uagtsomhed eller ikke (se dens § 122). Men netop heri nærmer den sig tillidstheorien. Sætter kun den negative kontraktsinteresse, hvor tillidstheorien vilde sætte den positive.

Tillidstheorien modificeres ofte paa den maade, at den erklærende ikke skal være bunden, om uoverensstemmelsen bliver opklaret re integra [4].

[1] Heri ligger, hvad der udtrykkelig pleier at fremhæves, at det ikke er vildfarelsen som saadan, men viljesmangelen, der bevirker, at den erklærende ikke er bunden. Af den grund var det, at Savigny kaldte denne vildfarelse uægte. Jfr. Windscheid: Pandekten § 76.

[2] Da man selv i dette tilfælde vilde kræve en handling, vilde man implicite kræve handlevilje. Denne bør ikke forveksles med udførelseshandlingsvilje.

[3] Ogsaa det første tyske civillovudkasts standpunkt (se dets § 99).

[4] Saaledes Hartmann i Iherings Jahrbücher bd. 20 s. 42. Andre, saaledes Pfersche, benægter berettigelsen af denne «indrømmelse». Se hans anf. verk s. 268.

§ 14. Er viljes- eller tillidstheorien udtrykkelig lovfæstet?

I. Den ivrigste forkjæmper for tillidstheorien i norsk og dansk ret, Jul. Lassen, paastaar, at der for denne theori kan paaberaabes udtrykkelig lovhjemmel. Dette grunder han fornemmelig paa lovbogens 5—1—1 og 2. Thi, siger han, disse artikler fastsætter, at løfter og kontrakter skal holdes, uden at tale om, at det «lovede» og «indgaaede» skal være villet, og uden at bruge saadanne tvetydige udtryk som viljeserklæring og deslige, under hvilke muligens viljestheorien kunde skjule sig[1].

Hermed kan ikke siges, at noget bevis er ført; thi mod den paastand, at «lovet» og «indgaaet» skal betyde, hvad retshandelsmodtageren eller en uhildet tredjemand, kan lægge ind i retshandelen, kan sættes den ligesaa gode paastand, at der med disse udtryk kun tænkes paa, hvad retshandelsgiveren har lagt ind i den[2].

Og fra et rigtigt lovfortolkningsstandpunkt synes man ikke at kunne paaberaabe sig disse artikler som hjemmel hverken fra tillids- eller viljestheorien.

N. l. 5—1—2 fastslaar kontraktsfrihedens grundsætning, 5—1—1 formfrihedens grundsætning for retshandler inter vivos. Vilde man saa, som Jul. Lassen, i 5—1—1 søge hjemmel for, at vor ret giver ensidige retshandler (retshandelstilbud etc.), ikke blot overenskomster forbindende kraft, saa synes artikelen at have god mening, uden at man tager tillidstheorien ud af den. Og det vil vel heller ikke lettelig af nogen paastaaes, at lovgiveren har været sig bevidst, at han har lagt den tanke, hvorpaa tillidstheorien hviler, ind i dette lovsted, end sige tillidstheorien selv. Er dette saa, da staar vi, dersom vi indrømmer, at «lovet» og «indgaaet» strengt sproglig seet omfatter tillidstheorien, ligeoverfor det spørgsmaal: Kan man tage tillidstheorien ud af ord, som strikte fortolket kunde omfatte den, naar lovgiveren ikke har lagt den ind i disse ord? Vi synes, at en saadan fremgangsmaade vilde have paatagelig lighed med en petitio principii. Man maatte først vide, om denne fremgangsmaade ligeoverfor lovteksten var den rette. Hvorvidt den det var, vilde bero paa, om lovgiverens vilje, naar erklæringen ikke dækkede den, kunde ignoreres. Men kunde den det, d. v. s.: Havde man i saadanne tilfælde hjemmel til at ignorere lovgiverens vilje, saa kunde man jo i

[1] Se hans haandbog s. 70—71.

[2] Og hvad han ellers anfører, synes heller ikke tilstrækkeligt. At intet bevis for tillidstheorien kan støttes paa den af ham paaberaabte 1—9—13, vil paapeges i § 16.

kraft af samme hjemmel ignorere en privat kontraherende parts vilje, der ikke stemte med erklæringen.

Det indsees nemlig ikke, hvorfor en privat kontraherende parts vilje skulde have krav paa en hensyntagen, som ikke blev lovgiverens til del. Dersom denne metode kunde benyttes, behøvede man altsaa ikke at gaa gjennem de paaberaabte lovsteder for at have tillidstheorien fuldt begrundet. Men kan den ikke benyttes, — og det er utvilsomt det rette — saa kan man heller ikke søge hjemmel for tillidstheorien i 5—1—1 eller 2.

Mod tillidstheorien taler desuden 5—1—4[1]. Det er nemlig almindelig[2] anerkjendt og det læres ogsaa af Jul. Lassen[3], at selv tvang udgaaet fra tredjemand gjør en retshandel ugyldig ogsaa ligeoverfor godtroende retshandelsmodtager. Dette vilde fra tillidstheoriens standpunkt fremstille sig som en anomali. Bemerkes tør i denne henseende, at den østerrigske lovbog, der staar paa tillidstheoriens standpunkt, ogsaa vedkjender sig den konsekvens, at en retshandel er forbindende, trods tvang fra tredjemands side[4], naar retshandelsmodtageren ikke kjendte eller ikke burde kjende tvangen.

II. Naar lovgivningen saaledes ikke kan siges at fastslaa tillidstheorien, og indeholder en bestemmelse som 5—1—4, der ligeoverfor tillidstheorien fremstiller sig som en anomoli, paa samme tid som den harmonerer med viljestheorien, saa synes det at være det naturlige, at loven, naar den fastsætter, at retshandler skal være forbindende, knytter denne virkning til retshandelens normalindhold, altsaa ikke blot til en retshandels ydre side (udførelseshandlingen), men til denne + dens indre side (retshandelsviljen).

Vilde man alligevel antage tillidstheorien, maatte det være paa grundlag af den betragtning, at sondringen mellem ægte og uægte vildfarelse ofte er haarfin. Som følge heraf kan man med en vis ret paastaa, at en forskjellig retslig behandling, eftersom et tilfælde føres hid eller did, ikke kan retfærdiggjøres[5]. Den theaterdirektør, der engagerer Julie Meier i den tro, at hun er den berømte Julie

[1] Saaledes ogsaa Hagerup i tidsskrift for retsv. VII s. 45.

[2] Dog er dette bestridt af Matzen i hans danske tingsret s. 196 for overdragelsesretshandlers vedkommende. Han giver imidlertid ingen nærmere begrundelse for sit standpunkt.

[3] Se hans haandbog s. 62.

[4] Se art. 875. Pfersche i det anf. verk s. 133 oplyser, at dette først blev fastsat i 3dje læsning, efterat man havde gjort opmerksom paa, at det med lovbogens system (tillidstheorien) vilde være inkonsekvent at tillægge tvang udgaaet fra tredjemand samme virkning som tvang fra retshandelsmodtageren.

[5] Jfr. herom § 4.

Meyer, er bunden, thi her foreligger kun ægte vildfarelse. Skriver han derimod Julie Meier paa brevet, der indeholder engagementstilbudet til Julie Meyer, saa er han ikke bunden. Denne indvending fører dog ikke længer end til at behandle error in motivis i uegentlig forstand paa samme maade som error in motivis i egentlig forstand.

III. I striden mellem tilhængere af viljes- og tilhængere af tillidstheorien støder man ofte paa talemaader, der skildrer de uheldige resultater, hvortil modstandernes lære kan føre, med temmelig overdrevne farver.

Næsten rørende er det, naar Leonhard, den ivrigste forkjæmper for tillidstheorien blandt romanisterne, taler om, hvor tungt det er for et menneske at blive skuffet. Durch nichts kann man seine Mitmenschen tiefer und schmerzlicher verletzen als durch Enttäuschungen, die man ihnen bereitet[1].

Men heller ikke viljestheoriens tilhængere kan fritages for ensidigheder, hvad man kan overbevise sig om hos Enneccerus: Rechtsgeschäft, Bedindung und Anfangstermin, især s. 79 flg.[2].

Forsaavidt man anser den romerske ret for at staa paa viljestheoriens standpunkt, og det er visselig det rette[3], saa har man beviset for, at et retssystem kan antage denne theori, uden at samhandelens sikkerhed i synderlig grad lider derunder.

Og efter hvad Pfersche oplyser[4], saa har den østerrigske lovbog, der ved obligatoriske retshandler gjennemfører tillidstheorien temme-

[1] Se det tyvende tyske juristmødes forhandl. bd. III s. 84.

[2] To af hans eksempler hidsættes:

1) En bonde sælger 26 stykker kvæg paa den maade, at han skal have en halv mark for det første og saa dobbelt op for hvert af de øvrige. Saavel sælger som kjøber er i god tro, idet de ingen anelse havde om kjøbesummens høide.

2) Den tidligere kjøbmand A bekjendtgjør, at han skal sælge sit forretningshus. En professor, der tilfældigvis har hørt, at A skal sælge «sit hus» og tænker, at det gjelder den af A beboede villa, træffer saa A og spørger ham, hvormeget hans hus koster, finder 80 000 mark svært billigt for villaen, han tænker paa, og som er værdt sine 150 000. Han afslutter derfor straks handelen. Skal han være bunden, naar feiltagelsen opklares?

[3] Sagen er blandt romanisterne omstridt. Leonhard hævder, at romerretten ikke staar paa viljestheoriens standpunkt. Naar han ikke kan komme forbi det faktum, at de romerske kildesteder taler om consensus og voluntas som retshandelselement, saa lader han disse udtryk gaa paa viljeserklæringen. Jfr. hans skrift: Irrthum I, især § 2. Beviset for tillidstheorien paa denne basis synes ikke at blive synderlig bindende.

[4] Se hans anførte verk s. 263.

lig strengt, ikke gjennem 80 aars anvendelse vakt praktiske betænkeligheder.

Vi synes derfor, at begge parter bør tage rev i seilene og indrømme, at en lovgivning kan slutte sig til den ene eller anden theori uden derved at krænke enten folkets retsfærdighedsfølelse eller hindre samhandelens sikkerhed. Sandheden er, at begge theorier kan have sine mangler og sine fordele. Men ingen af dem har saa store mangler eller saa store fordele, at man udelukkende paa grundlag heraf kan sige, hvad der er den positive rets standpunkt i et retssystem, der som vort ikke indeholder udtrykkelig hjemmel hverken for den ene eller anden theori.

IV. Efter det under II anførte kan vi ikke lægge tillidstheorien til grund for en fremstilling af den norske rets lære om uægte vildfarelse, men maa gaa ud fra viljestheorien. Dog maa dennes rækkevidde og nærmere udformning i korthed undersøges. Dette skal blive gjort i §§ 15, 16 og 17.

§ 15. Falsa demonstratio non nocet [1].

Vi skal begynde med et tilfælde, hvorom der i principet hersker enighed, nemlig, at det ikke skader, at parterne har brugt et galt udtryk for sin tanke, naar det kun er paa det rene, hvad begge har ment. Deres virkelige mening bliver at sætte istedetfor det feilagtige udtryk. Dette er saaledes tilfældet, naar de siger laan, men mener leie, eller opretter en flidføringskontrakt, naar de mener en kaarkontrakt. Dette udtrykkes med den romerske sætning: Falsa demonstratio non nocet.

De praktiske vanskeligheder bestaar her i at bringe paa det rene, naar noget andet er ment end sagt. Selvfølgelig har den part, der paastaar, at en fra det udtrykte forskjellig mening skal gjelde, bevisbyrden. Dette bevis kan mod modpartens benægtelse tænkes ført paa forskjellig maade.

Her skal kun fremhæves, at regelmæssig vil man være ovenpaa, naar man beviser, at der har foreligget en retslig forbindende mundtlig kontrakt, der kun for tinglysnings eller andre øiemed er gjentaget skriftlig. Er den skriftlige kontrakt i noget væsentligt punkt afvigende fra den mundtlige, vil der være en vis formodning for, at dette beror paa en feiltagelse.

[1] Jfr. hermed især Pfersche: Die Irrthumslehre des österreichischen Privatrechts s. 245 flg.

Det samme kan ogsaa være tilfældet, naar der foreligger en forkontrakt eller en punktation, kort en bevislig foreløbig ening om indholdet af den kontrakt, der skal afsluttes[1].

For at den virkelige mening skal gjelde istedetfor det feilagtige udtryk, er det selvfølgelig nødvendigt, at ikke retshandelen for at være gyldig skal foreligge i en bestemt enten legal eller konventionel form[2]. Kræves en vis form, vil hverken den udtrykte eller den virkelige mening have en retshandels forbindende kraft.

§ 16. I hvilken udstrækning kan man paabyrde retshandelsgiveren risikoen for den uægte vildfarelse?

I. Tillidstheoriens styrke synes som før paapeget at ligge deri, at forskjellen mellem den ægte og uægte vildfarelse, som paa yderpunkterne er stor og let at greie, ofte kan blive forsvindende liden. Derfor kan man med en vis ret sige, at alle vildfarelsestilfælde maa blive at bedømme efter samme regel. Erklæres den ægte vildfarelse regelmæssig irrelevant, maa det samme gjelde den uægte vildfarelse.

Er den ægte vildfarelse kjendelig som viljesbegrænsning, er den relevant, siger man. Paa samme maade med den uægte vildfarelse. Er den kjendelig — og den er altid kjendelig som viljesbegrænsning, naar den overhovedet er kjendelig og væsentlig, saa bliver den ogsaa relevant. Vi tror imidlertid, at denne tillidstheoriens ved første øiekast bestikkende styrke, er mer skin end virkelighed.

I læren om den ægte vildfarelses indflydelse forkastede vi theorien om, at motivet er relevant, naar det er kjendeligt som viljesbegrænsning. Man har nemlig ubevidst ladet det være kjendeligt som viljesbegrænsning, naar retshandelsmodtageren havde risikoen for dets rigtighed. Ellers ikke.

Vi byggede vor lære om den ægte vildfarelses indflydelse ikke paa motivets kjendelighed som viljesbegrænsning, men direkte paa det relevante moment: risikosynspunktet. Og det samme vil vi gjøre her. Derfor opstilles spørgsmaalet: I hvilken udstrækning kan man efter norsk ret paabyrde retshandelsgiveren risikoen for sine feiltagelser med hensyn til udførelseshandlingen?

Forsaavidt retshandelsgiveren har risikoen og dermed ansvaret for sin retshandelsoptræden, kan dette ansvar tænkes ordnet paa en dobbelt maade:

[1] Saaledes ogsaa Pfersche l. c.

[2] Jfr. herom nedenfor under afsnit V.

1) han kan enten paalægges at svare erstatning for den skade, han ved sin retshandelsoptræden har forvoldt retshandelsmodtageren (den negative kontraktsinteresse), medens retshandelen som saadan ikke er forbindende paa grund af udførelseshandlingens paa vildfarelse beroende uoverensstemmelse med retshandelsviljen eller
2) han kan paalægges at svare den positive kontraktsinteresse (opfyldelsesinteressen). Hvorvidt det sidste er tilfælde skal undersøges i denne §, det første spørgsmaal i følgende §.

II. Om vi lægger viljestheorien til grund, saa er det ikke dermed sagt, at alle tilfælde bliver at skjære over en kam. Thi ligesom ved motivvildfarelsen spørgsmaalet om, hvem der skulde bære risikoen for vildfarelsen, kunde bestemmes efter forskjellige hensyn, saa ogsaa her. Vi skal derfor tage de forskjellige tilfælde for os og betragte dem enkeltvis.

III. Et ubestrideligt tilfælde først. Naar en ellers konkludent handling er foretagen paa grund af vildfarelse om dens beskaffenhed som saadan, udelukkes muligheden af at udlede nogen retshandelsvilje af handlingen [1]. Forsaavidt er den ubetinget rigtig den sætning: Errantis nulla voluntas est.

Naar Zitelmann [2] finder dette at være «ein geradezu schlagender Beweis» for rigtigheden af den anskuelse, at det samme maa gjelde en direkte viljeserklæring ɔ: at den heller ikke fremkalder nogen retsvirkning, naar den paa grund af vildfarelse ikke stemmer med retshandelsviljen, saa synes han at være ført paa vildspor af sine psykologiske undersøgelser.

Dette hans ræsonnement er derimod «ein geradezu schlagender Beweis» for, at man ikke paa den af ham først «søgte og brøitte» psykologiske vei kan komme frem til holdbare beviser for en juridisk sætning.

IV. Naar man foretager en udførelseshandling i henhold til en tredjemands erklæring om dens betydning og rækkevidde, saa er man bunden i overensstemmelse med udførelseshandlingen, selv om dens betydning og rækkevidde skulde afvige fra, hvad man er bleven sagt, naar man kun har havt anledning til selv at forvisse sig om betydningen og rækkevidden.

Dette finder især anvendelse paa den, der underskriver et dokument i henhold til f. eks. en god vens forsikring om indholdet. I slige tilfælde faar man staa risikoen. Det maa man ogsaa gjøre,

[1] Jfr. s. 17 og den der citerede høiesteretsdom i retst. 1874 s. 832.

[2] Irrtum und Rechtsgeschäft s. 397.

om man giver et dokument fra sig underskrevet in blanco, og det udfyldes anderledes end aftalt.

Dette har man villet begrunde ved en henvisning til, at det altid skulde være udslag af uagtsomhed at handle saaledes. I den retning udtalte professor Hölder i Erlangen sig paa det tyvende tyske juristmøde[1]. Han sagde: «Derjenige, der eine Willenserklärung vollzieht, ohne sich den Inhalt derselben näher anzusehen, der handelt immer ohne Ueberlegung, der handelt immer leichtsinnig».

Rigtigheden heraf kan dog ikke indrømmes. Thi skulde man gjøre det, maatte man paastaa, at det altid skulde være uagtsomhed at stole paa en god vens erklæring, selv om han bestandig havde vist sig paalidelig. Skulde man begrunde læren paa den maade, maatte man i de tilfælde, hvor efter livets opfatning ingen uagtsomhed var forhaanden, fingere en saadan. Men da vilde ingen juridisk begrundelse være given.

Og desuden, selv om man var enig med Hölder, vilde de lege lata alligevel ingen begrundelse foreligge. Thi endnu stod det spørgsmaal aabent, om uagtsomhed var tilstrækkelig til at paabyrde retshandelsgiveren ansvaret for opfyldelsesinteressen.

Til støtte for læren kan derimod paaberaabes n. l. 1—9—13. Denne artikel bestemmer forudsætningsvis, at en principal er bunden ved de handlinger, som en fuldmægtig har foretaget i henhold til en aaben fuldmagt, selv om fuldmægtigen overskrider den hemmelige instruks.

Her har man direkte bevis for, at den, der udgiver et dokument underskrevet in blanco bliver forpligtet saaledes, som det udfyldes. Thi at udstede et dokument in blanco er at give en aaben fuldmagt.

Videre: Da den, der foretager en udførelseshandling i henhold til tredjemands erklæring om dens betydning og rækkevidde, handler, naar han havde anledning til selv at forvisse sig om erklæringens rigtighed, som om han havde indsat vedkommende tredjemand som fuldmægtig til at udføre handlingen, saa har vi et indirekte bevis for den opstillede sætnings rigtighed.

Derimod fører artikelen ikke længer. Naar Jul. Lassen paaberaaber denne artikel til støtte for tillidstheorien i almindelighed, saa beror dette altsaa paa en forhastet slutning, hvad der vil forstaaes uden videre kommentar.

V. Erklæringer, der skal afgives ligeoverfor en offentlig autoritet, og som skal tjene til efterretning for en ubestemt kreds af personer,

[1] Se forhandlingerne bd. 4 s. 90.

maa man staa til ansvar for, selv om der skulde foreligge en paa vildfarelse beroende uoverensstemmelse mellem viljen og erklæringen. Dette er saaledes tilfældet med erklæringer, der ifølge lov af 17. mai 1890 skal tjene til tredjemands underretning. Naar dens § 7 siger: «Det, som i overensstemmelse med denne lov er blevet registreret og kundgjort, skal ansees som kommet til tredjemands kundskab», saa maa tredjemand, der saaledes er pligtig til at lade erklæringen gjelde mod sig, ogsaa have ret til at paaberaabe den for sig. Det ene følger her af det andet.

Den feilagtige viljeserklæring gjelder altsaa ligeoverfor den, der i god tro stoler paa den, efter sin lydelse, indtil den paa behørig maade bliver rettet.

VI. Der kan spørges: Naar 2 kontraherende parter er enige om for bekvemheds skyld eller af andre grunde at benytte særlig vovsomme og utilforladelige udførelseshandlinger, skal da enhver af dem ansees for at staa risikoen for sin udførelseshandlings overensstemmelse med retshandelsviljen, eller maa det ansees bedst at passe med parternes gjensidige interresseforhold, at der foregaar ligesom en kompensation af vovsomheden. Antages det sidste, vil ikke blot ikke retshandelen komme istand efter en feilagtig udførelseshandlings lydelse, men der kan heller ikke være tale om at paabyrde den, hvis viljeserklæring (udførelseshandling) tilfældigvis forvanskes, at udrede den negative kontraktsinteresse til modparten. Uden at opstille det som en sikker sætning, synes det rigtigste at være, at begge parter tilsammen maa staa risikoen, da de begge maa være forberedt paa, at feil kan indtræde.

At paabyrde den, der tilfældigvis er den uheldige en paa forhaand ganske uberegnelig skadeserstatning for opfyldelsesinteressen, synes ganske urimeligt. Men under de samme omstændigheder synes heller ikke noget krav paa erstatning for den negative kontraktsinteresse at være begrundet.

Det her udviklede finder især anvendelse paa telegrammer, der ikke telegraferes paa almindelig maade, men saa, at et enkelt ord betegner en hel sætning (kontraktstilbud, akcept til en vis pris etc.). Ordets betydning findes da frem ved hjælp af en saakaldt code[1].

[1] Som eksempel fra praksis kan anføres en høiesteretsdom i «Morgenbladet» 1896 nr. 687. I Kontraktstilbudet var prisen betegnet med «accension». Ved telegraferingsfeil hed ordet ved sin fremkomst «accession», der betegnede en noget høiere pris. Høiesteret ansaa kontrakten ikke kommet istand. Domsresultatet grundedes her maaske paa, at der forelaa dissens. Men som vi ser, saadan vilde netop ikke have foreligget, dersom kontraktstilbyderen havde staaet risikoen for telegrammets rigtighed.

At dette er et i særlig grad utilforladeligt meddelelsesmiddel, er klart. Se eksemplet i noten paa forrige side.

VII. Hidtil har vi havt nogenlunde fast grund under fødderne. Men kommer vi bort paa spørgsmaalet i sin almindelighed: Kan retshandelsgiveren, naar hans erklæring paa grund af vildfarelse ikke stemmer med retshandelsviljen ligeover godtroende erklæringsmodtager fritages for at opfylde retshandelen efter dens lydelse? saa er sagen mer tvilsom.

Saadan ret kan der nu kun være tale om, naar uoverensstemmelsen er væsentlig. Angaaende hvad, der skal ansees for væsentlig uoverensstemmelse, har man det nedarvede skema: error in re, negotio, persona og substantia. At dette skoleskema er ubrugbart, er nu saa almindeligt anerkjendt[1], at det ikke er umagen værdt at ofre mange ord derpaa. Vi tager error in persona: A kjøber en gjenstand hos kjøbmand X istedetfor, saaledes som tanken var, hos kjøbmand Y. Selvfølgelig influerer dette ikke paa handelens gyldighed[2].

Hvad der er en væsentlig uoverensstemmelse, kan ikke afgjøres efter dette skoleskema, men efter det under afsnit II udviklede forudsætningssynspunkt.

Risikoen for en efter objektiv maalestok uvæsentlig uoverensstemmelse paahviler altsaa retshandelsgiveren ubetinget.

Var uoverensstemmelsen efter objektiv maalestok væsentlig, men efter en subjektiv uvæsentlig, kan retshandelsgiveren heller ikke gjøre den gjeldende paa grund af manglende interesse deri[3].

Saa kunde der spørges: Skal ikke retshandelsgiveren staa til ansvar for opfyldelsesinteressen, naar uoverensstemmelsen beror paa uagtsomhed?

Her merkes Gustav Hartmanns ræsonnement i Iherings Jahrbücher bd. 20 s. 9 flg.: Naar A overdrager sin eiendom pro forma til B, og B misbruger sin stilling og afhænder eiendommen til godtroende tredjemand, er A bunden. I A's adfærd behøver ikke at ligge nogen culpa, thi B kan altid have vist sig som en god og paalidelig ven, som man kunde stole paa. Naar dette er saa, skulde da ikke A være bunden ligeoverfor godtroende medkontrahent, naar han ved uagtsomhed har afgivet en retshandelserklæring, der ikke stemmer med hans retshandelsvilje? I begge tilfælde er den virkelige følge ikke overensstemmende med den ønskede følge.

[1] Jfr. det 20de tyske juristmødes forhandlinger bd. 3 s. 68 (Leonhard).

[2] Saa ved obligatoriske retshandler. Ved overdragelsesretshandler kommer det moment til, at overdragelsesretshandelen skal ske til den, der er kreditor iflg. kausalretshandelen.

[3] Dette vil vel sjelden blive praktisk paa grund af bevisvanskeligheder. Bevisbyrden maa nemlig her paahvile retshandelsmodtageren.

Dette Hartmanns ræsonnement fører dog ikke saa langt, som han mener. Det fører kun til den ovenfor under IV antagne sætning, hvis rigtighed herved yderligere bestyrkes.

Om saaledes Hartmanns ræsonnement ikke fører frem, kan der dog være sterke grunde for at antage, at ved omsætningspapirer maa retshandelsgiverens uagtsomhed være tilstrækkelig til at begrunde den godtroende indehavers ret til at paaberaabe sig deres indhold — og det selv om forvanskning af dette er skeet af en tredjemand[1].

Forøvrigt maa det benegtes, at retshandelsgiverens uagtsomhed begrunder en ret fra retshandelsmodtageren til at paastaa retshandelsgiveren bunden.

Det vilde ogsaa være noget besynderligt, at uagtsomhed, som ellers kun begrunder erstatning for den virkelig lidte skade, her skulde gaa paa noget andet: opfyldelsen af en kontrakt, som ellers ikke vilde være kommet istand. Det vilde føre til følgende resultat: Naar en gjest ved en uagtsom forsnakkelse bestiller en flaske meget dyr vin istedetfor en flaske billig vin, saa skulde han være bunden til at betale den dyre vin efter den paa vinkartet staaende pris (opfyldelsesinteressen), selv om feilen opdagedes straks.

Var han derimod ved uagtsomhed kommet til at slaa en bestilt flaske ud af opvarterens haand, saa havde han kun at svare skaden (vinens virkelige værdi for verten — den negative kontraktsinteresse). Et saadant resultat synes ikke godt, og det heller ikke, om man vilde lægge adskillig vægt paa den omstændighed, at gjesten i sidste tilfælde er pligtig til at kjøbe en anden flaske af den bestilte sort.

VIII. Hidtil har vi behandlet under ét uoverensstemmelsen mellem retshandelsvilje og udførelseshandling, hvad enten den grundede sig paa mangel paa bevidsthed om udførelseshandlingens indhold eller paa vrangforestilling om indholdets betydning (jfr. § 4). Ved den første art uægte vildfarelse viser tillidstheorien sig endog de lege ferenda temmelig uheldig. At man for en maaske meget tilgivelig forsnakkelse skulde kunne paadrage sig et uanet ansvar, og modparten ved at sige: «Bordet fanger» skulde opnaa en maaske ellers ganske uberegnet fordel, synes nemlig for urimeligt, selv de lege ferenda. Og at vi ikke kan antage en saadan lære de lege lata uden tvingende grund, synes dermed givet. Saadan tvingende grund kan ikke, som før paavist, hentes fra lovgivningen. Og man kan heller ikke i praksis finde støtte for en saadan lære (jfr. den under VI citerede høiesteretsdom, der trækker i modsat retning).

[1] Dette har dog ikke høiesteret antaget i sagen: De fossesholmske veksler. Se Hallager—Aubert: Obl. alm. d. s. 194 note 2.

Derfor har man ofte villet modificere tillidstheorien saaledes, at retshandelsgiveren ikke skulde være bunden, naar feiltagelsen opklaredes re integra. Men var tillidstheorien først lovhjemlet, synes denne modifikation at være for vilkaarlig til at kunne gjøres paa egen haand.

Mer kunde der anføres for, selv fra viljetheoriens standpunkt, at behandle error in motivis i uegentlig forstand paa samme maade som error in motivis i egentlig forstand. Det vil sige, risikoen for det rigtige valg af udførelseshandling skulde ubetinget paahvile retshandelsgiveren [1]. Man kunde her med en vis ret anføre, at det vilde — for at operere med et tidligere nævnt eksempel — være urimeligt, at theaterdirektøren ikke skulde være bunden, naar han kom til at skrive Julie Meier paa brevet, der indeholdt det engagementstilbud, der var tiltænkt Julie Meyer, men derimod bunden, om han kom til at engagere den tilstedeværende Julie Meier i den tro, at hun var den berømte Julie Meyer. Imidlertid er der dog den forskjel, at han i sidste tilfælde kunde have havt anledning til at prøve, hvilke kvalifikationer, Julie Meier besad. Naar hun blev engageret under de her forudsatte omstændigheder, maatte hun være ganske anderledes berettiget til at gaa ud fra tilforladeligheden af engagementet, end naar hun fik et tilbud i et brev, som saa let kan blive feil addresseret eller feilagtig ombragt. Det er vel ogsaa denne betragtningsmaade, som har ført Jul. Lassen til den lære, der fra tillidstheoriens standpunkt maa fremstille sig som temmelig vilkaarlig, at afsenderen af et telegram ikke bindes ved det indhold, som det underveis har faaet ved forvanskning, ligesom efter hans lære principalen ikke bindes, naar budet giver falsk besked eller fuldmægtigen overskrider sin fuldmagt [2].

[1] For dette standpunkt kunde man foruden det i teksten fremholdte ogsaa anføre, at det svært godt vilde harmonere med den objektive fortolkningstheori. Naar Pfersche i det anførte verk § 9 hævder, at den objektive fortolkningstheori konsekvent maa føre til tillidstheorien overhovedet, saa beror det imidlertid paa en noget forhastet slutning. Thi naar retshandelsgiveren ikke har havt bevidsthed om udførelseshandlingens indhold, synes det overhovedet ikke at kunne blive tale om nogen fortolkning for at udfinde meningen. Thi naar der ingen mening er lagt ind i udførelseshandlingen, har man heller ikke nogen mening at tage ud af den.

Imidlertid behøver man ikke, om man hylder den objektive fortolkningstheori, at gaa saa langt som til at behandle den uegentlige og den egentlige error in motivis ligt. Thi ét er, at retshandelsgiveren har at bære skaden ved, at han ikke har akkurat den objektivt rigtige opfatning af udførelseshandlingens indhold, ét andet er, at han skal staa risikoen for en rent abnorm opfatning.

[2] Se hans haandbog s. 119 (§ 23 III. 1. b.).

Endnu et moment, der taler imod at behandle error in motivis i uegentlig forstand anderledes end anden uægte vildfarelse. Skulde man ignorere denne art uægte vildfarelse, saa vilde, naar en viljeserklæring var afgivet ligeoverfor flere kreditorer, enhver af disse have ret til at opfatte den saaledes, som den tilfældigvis lyder ligeoverfor ham. Herved vilde vi ofte komme til rent absurde resultater.[1] Hertil kommer, at skulde den bestridte lære antages, kunde den ikke blot gjelde omsætningsretshandler, men ogsaa velgjørende retshandler inter vivos. Vi har nemlig ingen hjemmel til i denne henseende at behandle de sidste anderledes end de første.

Naar Leonhard vil trøste retshandelsgiveren med Goethes ord: «Wen Gott betrügt, gut betrogen ist», saa synes denne trøst at være temmelig mager[2].

Vi kommer saaledes til det resultat, at error in motivis i uegentlig forstand ikke bliver at behandle anderledes end anden uægte vildfarelse.

IX. Foreligger der nogen relevant uægte vildfarelse paa retshandelsgiverens side, saa er retshandelen alligevel ingen nullitet, hvad man maaske kunde være tilbøielig til at tro, om man strengt vilde operere med, at et retshandelsèlement mangler. Retshandelen er kun angribelig, men denne angribelighed kan, hvad der ogsaa vil fremgaa af det foregaaende, gjøres gjeldende selv mod godtroende retshandelsmodtager. Dennes gode tro faar derimod betydning efter næste § til begrundelse af krav paa erstatning for den negative kontraktsinteresse.

X. Hvem kan gjøre vildfarelsen gjeldende? Det er kun den feiltagende part, retshandelsgiveren. Retshandelsmodtageren kan ikke gjøre den anden parts vildfarelse gjeldende som saadan, kun ifølge forudsætningspunktet. Men dette vil sige, at han gjør sin egen error in motivis gjeldende. Ad denne vei kan vi komme til, at han i gjensidig bebyrdende retshandelsforhold som regel ikke er bunden, naar det viser sig, at modparten ikke er det[3].

[1] Se et eksempel herpaa hos Ihering: Jurisprudenz des täglichen Lebens s. 27 (jfr. Leonhard: Irrthum I s. 174 note 2).

[2] Se det 20de tyske juristmødes forh. bd. 3 s. 57. Han ræsonnerer saa: «Vi vandrer alle omkring «in dem tiefen Thale des Irrthums». Det hører til vor natur. Derfor maa ogsaa enhver bære følgerne af sine vildfarelser». At dette skal kunne anføres for at retfærdiggjøre erstatning for den positive kontraktsinteresse, synes ufatteligt. Naar det er saa, som af ham anført, synes hans medlidenhed med den retshandelsmodtager, der bliver «enttäuscht», at være paa urette plads. Thi hvorfor var da retshandelsmodtageren saa dum at stole paa tilforladeligheden af viljeserklæringen?

[3] Jfr. hermed foran s. 53—54 og 61 (§ 10 V).

§ 17. Fortsættelse. Erstatningspligt for den negative kontrakts-interesse[1].

I. Om man nu maa antage, at retshandelen paa grund af den uægte vildfarelse i almindelighed er uforbindende (jfr. undtagelserne i forrige §), saa er det dermed ikke sagt, at retshandelsgiveren er fri for ethvert ansvar. Han kan nemlig tænkes at maatte svare erstatning for den skade, som retshandelsmodtageren har lidt ved i god tro at stole paa viljeserklæringen (den negative kontrakts-interesse).

Da uagtsomhed efter norsk ret ansees for almindeligt skadeserstatningsfundament ogsaa udenfor kontraktsforhold, saa kræver det ingen nærmere paavisning, at retshandelsgiveren maa svare erstatning for den negative kontraktsinteresse, dersom der er nogen uagtsomhed at lægge ham tillast[2]. Saalangt vi kan operere med uagtsomhed, er vi altsaa paa det tørre. Nu, uagtsomhed er, som Zitelmann sagde, paa det syvende tyske juristmøde[3], et begreb, hvis indhold er forskjelligt efter det feldt, hvorpaa det bliver anvendt. Han udtalte som sin formening, «dass die strengere Geschäftsmässigkeit unseres Verkehrs uns wohl erlaubt, derartige Irrungen und Irrtümer bei Willenserklärungen, dass man sich verspricht, dass man ein technisches Wort falsch gebraucht, für Fahrlässigkeit zu erklären. Es kommen nicht so oft, wie man gewöhnlich meint, Fälle vor, wo weder auf Seiten des Erklärenden noch auf Seiten des Gegners irgend eine Schuld vorliegt».

Hermed være det nu, som det vil. Sikkert er det i hvert fald, at der vil blive tilovers et større eller mindre antal tilfælde, hvor

[1] Jfr. Iherings afhandling om culpa in contrahendo i Jahrbücher bd. 4 s. 1 flg., Ungers afhandling: Handeln auf eigene Gefahr i samme tidsskrift bd. 30 s. 363 flg. samt Erwin Rupp: Modernes Recht und Verschulden § 7.

[2] Efter romersk ret stod sagen anderledes. Som bekjendt dannede culpa ikke noget almindeligt skadeserstatningsfundament udenfor kontraktsforhold. Kun ifølge lex Aquilia eller dens analogi var culpa skadeserstatningsfundament. Det vil sige: Culpa var udenfor kontraktsforhold almindeligt erstatningsfundament, naar skaden middelbart eller umiddelbart var tilføiet legemlige ting (corpori), ikke ellers.

Derfor er det ikke underligt, at der maatte en Ihering til for efter romersk ret at kunne levere et nogenlunde antageligt bevis for, at culpa in contrahendo begrundede skadeserstatningspligt. Vi skal ikke undlade at gjøre opmerksom paa, at det af forskjellige romanister endnu benægtes, at saadan culpa begrundede skadeserstatning efter romersk ret. Se saaledes Dernburg i hans Pandekten II s. 28: «Nicht nach römischem, wohl aber nach heutigem gemeinen Rechte macht solche culpa verantwortlich».

[3] Se forhandlingerne bd. 4 s. 104—5.

ingen uagtsomhed efter livets opfatning vil foreligge. Der spørges da: Kan retshandelsmodtageren i disse tilfælde paabyrdes at svare skaden?

Da man har havt paa følelsen, at saadan skadeserstatningspligt var retfærdig, saa har man søgt en begrundelse i en stiltiende garanti. Retshandelsgiveren skulde antages at have overtaget en stiltiende garanti for, at retshandelsmodtageren ikke skulde lide noget tab ved at stole paa viljeserklæringen.

Herom merkes:

De retslærde taler ofte om stiltiende garanti i kontraktsforhold. Saaledes pleier hjemmelsansvaret, sælgerens ansvar for efterfølgende umulighed, naar han har solgt en generisk bestemt præstation, etc. at bygges paa stiltiende garanti. Men dette er i virkeligheden ligesaa galt som at bygge laantagerens ansvar for kasus paa saadan garanti[1]. Alle de omhandlede virkninger er lov- eller sedvaneretsvirkninger. Derfor er denne konstruktion med en stiltiende garanti ganske forfeilet og kun en fiktion, hvad der ogsaa mer og mer anerkjendes af de moderne jurister[2].

II. Ad denne vei kan vi altsaa ikke komme frem. Noget andet er, at denne feilagtige antagelse af en stiltiende garanti kan have virket saalænge paa opinionen, at sedvaneret er dannet (jfr. § 1, II). Herom kan vi dog ikke udtale os med bestemthed. Vi faar derfor søge en støtte for læren om retshandelsgiverens ubetingede pligt at erstatte den negative kontraktsinteresse paa anden maade.

Unger har i den citerede meget interessante afhandling: *Handeln auf eigene Gefahr* opstillet som lovgrund for flere tilfælde i moderne ret, hvor nogen uden skyld og uden retshandel paalægges at svare skadeserstatning, følgende sætning: *Man handler i egen interesse og derfor paa egen risiko.*

Det er heller ikke noget ukjendt i vor ret, at risikoen for en begivenhed eller handling bæres af den, indenfor hvis interessesfære den falder, eller i hvis interesse den foretages.

Ved distancehandel, naar kjøbekontrakten skal opfyldes paa sælgerens forretningssted, og varen forsendes til kjøberen, bærer denne risikoen, uanseet om eiendomsretten først overføres fra et senere tidspunkt.

Og laantageren bærer risikoen for tingen, men grunden kan ikke være nogen anden, end at kontrakten indgaaes i hans interesse[3].

[1] Jfr. s. 19.

[2] Jfr. Unger i Iherings Jahrbücher bd. 30 s. 383.

[3] At 5—8—1 er en levning fra gammel germansk ret (den kontraktmæssige besidder af en fremmed ting svarer for kasus) kan ikke anføres som argument

Erstatning for nødstilstandshandlinger svares af den, i hvis interesse de foretages, erstatning for negotiorum gestors handlinger af negotiorum dominus, erstatning for skade, forvoldt ved f. eks. en nitroglycerinfabriks sprængning, maa svares af driftsherren, selv om intet er at lægge ham til last; thi fabrikken er der i hans interesse[1].

Endelig kan anføres, at arrestrekvirenten efter n. l. 1—19—21 har at svare erstatning for ulovlig arrest, selv om ingen skyld er at lægge ham til last. Arrestinstitutet bringes til anvendelse i hans interesse og derfor paa hans risiko[2].

Naar dette er saa, hvad er da rimeligere, end at retshandelsgiveren, der handler i egen interesse, ogsaa handler paa egen risiko[3] og ikke paa den godtroende retshandelsmodtagers.

Saalangt maa naturretslæreren Martini gives medhold i den sætning: »Ein Irrthum muss demjenigen zugerechnet werden und schaden, welcher desselben Ursache ist.»[4]

III. Man kan maaske finde den her opstillede begrundelse for, at retshandelsgiveren ogsaa uden hensyn til skyld skal staa til ansvar for den negative kontraktsinteresse, noget svag, og det skal ogsaa være langt fra os at paastaa, at begrundelsen er ubetinget bindende. Men noget andet og bedre bevis kan for tiden ikke gives. Hvorledes domstolene vil stille sig til sagen, kan ikke med sikkerhed siges.

Bemerkes bør, at Ihering i sin afhandling: Das Schuldmoment im römischen Privatrecht[5] har udtalt, at han finder grund til, at retshandelsgiveren hefter ogsaa bortseet fra culpa[6]. Dette er ogsaa, som før sagt, den tyske civillovs standpunkt.

IV. At retshandelsgiveren maa have forvoldt skaden ved retshandelsoptræden, for at den opstillede lære skal antages, maa ansees givet[7]. Ligeledes maa det kræves, at han juridisk er aarsag i

mod paaberaabelsen af artikelen i denne sammenhæng. Thi hvorfor har lovbogen netop i dette forhold beholdt den gamle regel? Mon ikke, fordi det fandtes rimeligt af den grund, at laanekontrakten indgaaes i laantagerens interesse?

[1] Jeg haaber i et andet skrift at kunne behandle disse forhold nærmere.

[2] Jfr. den tyske civillovs § 231, der er udslag af samme tankegang.

[3] Vilde en tillidstheori-tilhænger her hente vand paa sin molle, maa vi gjøre opmerksom paa, at det er forskjel paa at rake sig og at skjære hagen af. I de omtalte tilfælde paalægges der skadeserstatningspligt, men det vil overført paa det i denne § omhandlede emne sige: Erstatning for den negative kontraktinteresse.

[4] Citeret efter det anførte verk af Pfersche s. 132.

[5] Optaget i hans Vermischte Schriften.

[6] Se det citerede skrift note 73.

[7] Udenfor retshandelsoptræden maa selvfølgelig skyld foreligge, skal skadeserstatningspligt være begrundet.

skaden. Saaledes kan i det af statsminister Hagerup i tidsskrift for retsvidenskab 1894 s. 44 anførte eksempel (A har i det øiemed hos B at fremkalde den forestilling, at C har indgaaet paa et af B gjort kontraktstilbud, forfalsket B's tilbud, saa det for C faar udseende af at angaa noget ganske andet end af B tilsigtet, og paa grund heraf svarer C ja) retshandelsgiveren (C) ikke paalægges at svare den negative kontraktsinteresse.

V. Som resultat af den i forrige og i denne § givne fremstilling kan sættes: Er en paa vildfarelse beroende uoverensstemmelse mellem retshandelsgiverens vilje og viljeserklæring subjektivt og objektivt væsentlig ɔ: af den art, at han med kjendskab til og ifølge en efter den i retslivet herskende maalestok forstandig vurdering af sagforholdet ikke vilde have afgivet nogen viljeserklæring af dette indhold, er erklæringen uforbindende, og det uden hensyn til, om vildfarelsen er at tilregne ham som uagtsomhed. Herfra visse undtagelser.

Den afgivne erklæring har dog forsaavidt retsvirkning, som den forpligter til erstatning for den skade, som retshandelsmodtageren har lidt ved i god tro at stole paa viljeserklæringen [1].

§ 18. Hvorvidt kommer de udviklede regler til anvendelse, naar udførelseshandlingen sker ved mellemmand? [2]

Mellemmand benytter man i egen interesse og maa som regel gjøre det paa egen risiko [3]. Det er i virkeligheden denne tankegang, som ligger til grund for 3—21—2. Benytter man bud (herunder gaar ogsaa telegrafvæsenet) til udførelseshandlingen, har man samme ansvar for dets feiltagelser som for sine egne.

Heraf følger, at man maa svare den negative kontraktsinteresse, naar man gaar fra kontrakten paa grund af budets uægte vildfarelse [4].

Om man staar risikoen for budets feiltagelser som for sine egne, saa er det ikke dermed sagt, at man staar risikoen for dets dolus. Sagen er den, at enhver maa være forberedt paa og tage

[1] Jfr. den tyske civillovs standpunkt.

[2] Dette emne er behandlet af professor Morgenstierne i retst. 1887 s. 66 flg. og af Unger i den citerede afh.: Handeln auf eigene Gefahr, afsnit V. Se ogsaa Hallager-Aubert: Obligationsrettens alm. del s. 152.

[3] Jfr. Unger l. c.

[4] Skoleeksempel er det i Tyskland forekomne tilfælde: Oppenheim-Weiller. «Kaufen» i telegrammet blev forvansket til «verkaufen», hvorved der opstod en skade paa 40 000 Thaler. Afsenderen maatte svare denne skade.

med i beregningen, at et bud begaar feiltagelser, men heldigvis er svig saa forholdsvis sjelden, at man ikke billigvis bør tage den med i beregningen. Da det nu altid er haardere at oprette en skade end at lide en skade, synes heraf at følge, at man ikke staar denne risiko. Dette stemmer ogsaa med den almindelige fortolkning af 3—21—2.

Som budets feiltagelser bliver fuldmægtigens ogsaa at behandle. At denne ikke blot har at fuldbyrde udførelseshandlingen, men ogsaa at fatte retshandelsbeslutning paa principalens vegne, kan i denne henseende ingen forskjel gjøre.

Noget andet er, at principalen ligeoverfor godtroende medkontrahent bliver bunden i overensstemmelse med den aabne fuldmagt, og det selv om fuldmægtigen forsætlig har overskredet den hemmelige instruks[1].

§ 19. Nogle bemerkninger om dissens.

Vi tænker os en kontrakt. Vi tænker os fremdeles, at saavel den ene som den anden parts viljeserklæring staar i samklang med hans retshandelsvilje. Ingen af parterne mangler altsaa bevidsthed om udførelseshandlingens indhold. Har heller ikke nogen falsk forestilling om indholdets betydning. Men alligevel kan det hænde, at parternes retshandelsviljer ikke mødes. Lægger de ikke merke til, at retshandelsviljerne ikke mødes, saa foreligger en misforstaaelse (dissensus).

Misforstaaelsen er ikke dissensens grund. Dissens vilde have foreligget, om parterne ikke havde gjort sig skyldig i misforstaaelsen. Derimod er misforstaaelsen grunden til, at man ikke merker mangelen paa konsens[2]. Denne dissens kan kaldes skjult dissens til forskjel fra dissens, hvorom parterne er vidende.

At en kontrakt er uforbindende, naar der foreligger skjult dissens, turde efter det foregaaende ikke kræve nogen nærmere paavisning.

Det er ofte vanskeligt at sondre mellem skjult dissens og uægte vildfarelse, hvad der synes at tyde paa, at den østerrigske lovbogs standpunkt — tillidstheori + en særskilt regel om kontrakters ugyldighed

[1] Jfr. § 16 IV.

[2] Jfr. Regelsberger: Pandekten I s. 511.

paa grund af saadan dissens[1] — ikke er synderlig heldigt[2]. For norsk ret har dette spørgsmaal ikke saa stor interesse[3], at vi skal opholde os længer derved[4].

III.

Vildfarelsens indflydelse paa overdragelsesretshandlers gyldighed.

---

§ 20. Almindelige bemerkninger.

I. Som omtalt i § 2 falder begrebet overdragelsesretshandel ikke sammen med begrebet tinglig retshandel. Det er videre end dette, da det omfatter ikke blot overdragelse af tinglige, men ogsaa

[1] Se det anførte verk af Pfersche s. 182.

[2] Ligeoverfor Jul. Lassens tillidstheori bør netop den østerrigske lovbogs standpunkt merkes. Jul. Lassen anerkjender nemlig ikke, at en kontrakt bliver uforbindende paa grund af skjult dissens. Enhver af parterne er efter hans mening bunden efter den udtydning af erklæringen, som modparten som god og forstandig mand kunde give den. Se hans haandbog s. 75—76.

[3] Det eneste kunde være med hensyn til spørgsmaalet om erstatning for den negative kontraktsinteresse. Herom bemerkes: Er skylden for at dissensen ikke straks opdages, omtrent lige stor paa begge sider, bliver der selvfølgelig ikke tale om nogen erstatning. Er den ene part derimod uskyldig, kan der blive tale om erstatning for den negative kontraktsinteresse efter de udviklede regler derom.

[4] Paa grund af det standpunkt, som den østerrigske lovbog, som anført, har indtaget, skulde vi vente, at forskjellen mellem uægte vildfarelse og skjult dissens var skarpt udredet af den østerrigske retsvidenskab. Imidlertid klager Pfersche over, at spørgsmaalet ikke er løst. Han selv (se hans anførte verk s. 184—86) opstiller, fra et principielt standpunkt seet, tre klasser dissenstilfælde, som vi her i korthed skal referere.

1. Der bliver afgivet 2 fuldstændige kontraktserklæringer, som allerede differerer i deres tegn. (A forlanger af B prøve paa druesukker tilligemed prisopgave, B sender prøve paa sedvanligt sukker, hvorpaa A bestiller «druesukker» efter den bestemte prøve).
2. Der bliver afgivet 2 fuldstændige kontraktserklæringer, som stemmer overens efter deres tegn, medens parternes subjektive opfatning af disse tegn er forskjellig. (Leie af en bolig paa venstre haand, udleieren mener paa venstre haand, naar man gaar ud, leietageren, naar man gaar ind; bestemmelse af pris efter forskjellige myntsystemers mynteheder med samme navn, f. eks. hollandske og østerrigske gylden).

af obligatoriske rettigheder og ideelle produktionsrettigheder. Det er trangere, forsaavidt okkupation og dereliktion, der maa betragtes som tinglige retshandler, falder udenom. Gjenstand for de følgende 2 §§ er vildfarelsens indflydelse paa overdragelsesretshandlers gyldighed. Behandlingen af dette emne har større interesse, end om vi indskrænkede os til tinglige retshandler. Herved falder okkupation og dereliktion udenfor, men et par vildfarelsestilfælde ved disse 2 retshandler skal berøres nedenfor under afsnit IV.

II. Paa overdragelsesretshandelen kan vildfarelsen tænkes at faa betydning, ikke blot, naar den refererer sig til overdragelsesretshandelen selv, men ogsaa naar den referer sig til dens grund (ogsaa kaldet kausalretshandelen). Det sidste emne skal behandles i § 21, det første i § 22.

§ 21. Hvilken indflydelse paa overdragelsesretshandelens gyldighed har vildfarelse med hensyn til overdragelsesretshandelsgrunden (kausalretshandelen)?

I. Dette spørgsmaal kan ikke godt behandles uden i forbindelse med spørgsmaalet om, hvilken indflydelse paa overdragelsesretshandelens gyldighed svig med hensyn til kausalretshandelen har. Men skal dette ogsaa behandles, vil denne § komme til at angaa overdragelsesretshandelens karakter overhovedet, om abstrakt eller kausal.

Abstrakt er overdragelsesretshandelen, naar den staar paa egne ben, kun kan angribes med ugyldighedsgrunde, der umiddelbart gjelder den selv, ikke med ugyldighedsgrunde, der kun maatte klæbe ved dens retsgrund (dens causa eller kausalretshandelen [1]).

3. Der afgives kun én fuldstændig kontraktserklæring, den anden erklæring bejaer den førstes indhold, men indholdet af den først foreliggende erklæring opfattes forskjellig af parterne. (A udbyder «sit» hus tilsalgs, B akcepterer i den mening, at det af A beboede hus er hans).
Mellem de 2 sidste tilfælde egentlig kun en ydre forskjel.

[1] Kausalretshandelen er oftest en obligatorisk retshandel. Saaledes er eiendomsoverdragelsens kausalretshandel oftest en kjøbekontrakt, gavekontrakt etc. Derfor vil i det følgende udtrykket obligatorisk retshandel blive brugt synonymt med kausalretshandel. Dette kan vi saa meget lettere gjøre, som vi i denne § væsentlig tager sigte paa at undersøge, hvilken indflydelse vildfarelse og svig med hensyn til den obligatoriske retshandel har paa overdragelsesretshandelens gyldighed. Med obligatorisk retshandel ligestilles i denne henseende en sidste viljeserklæring. Her skal dog fremhæves — hvad der i den romanistiske litteratur nu maa siges anerkjendt — at der ofte ikke vil foreligge nogen obligatorisk retshandel, men alligevel kan der blive tale

Kausal er overdragelsesretshandelen derimod, naar den kan angribes med grunde hentede ikke blot fra den selv, men ogsaa fra kausalretshandelen.

Selv om den er kausal i denne forstand, kan dette være ordnet paa 2 maader, enten saaledes, at en subjektiv causa er tilstrækkelig til dens gyldighed (ɔ: begge parter antager i overdragelsesøieblikket, at en tilstrækkelig causa foreligger) eller saaledes, at en objektivt begrundet causa maa foreligge (ɔ: en ikke blot formentlig, men virkelig causa).

Overdragelsesretshandelen kan altsaa enten være:

a) abstrakt,

b) subjektivt kausal eller

c) objektivt kausal.

Med hensyn til terminologien merkes, at man ofte betegner overdragelsesretshandelen allerede som abstrakt, naar den til sin gyldighed kræver kun en subjektivt begrundet causa. Naar der da tales om, at overdragelsesretshandelen er kausal, menes dermed altid objektivt kausal.

Denne terminologi, som i den romanistiske litteratur turde være den almindelige[1], vilde være bekvem, dersom vi kun havde at drøfte, hvorvidt overdragelsesretshandelen var objektivt eller subjektivt kausal. Da imidlertid muligheden af dens abstrakthed i den ovenfor udviklede mening efter norsk ret ikke paa forhaand kan udelukkes, synes de foran forklarede termini at burde foretrækkes[2].

II. Man har efter norsk og dansk ret selvfølgelig havt en lære om overdragelsesretshandelens natur, om abstrakt eller (subjektivt eller objektivt) kausal. Dog synes hele læren at have lidt under, at man ikke direkte har opstillet og undersøgt spørgsmaalet om overdragelsesretshandelens forhold til kausalretshandelen. Det vil derfor ikke undre, at man i dette emne støder paa endel uklarhed. Og det er af samme grund i virkeligheden heller ikke altid saa let at faa greie paa, hvad de forskjellige forfattere har lært derom.

om kausalretshandel (da: kausalaftale). Dette er tilfældet, hvor overdragelsesofferte og kausalofferte gjøres og antages samtidig, som ved naturalkjøb og ved gave, der gjøres og fuldbyrdes paa stedet. Ligeledes i andre tilfælde. I henhold hertil har man bestemt kausalretshandelen saaledes: Den er parternes enighed om overdragelsesretshandelens økonomiske funktion. Se saaledes Pfersche i det anførte verk s. 282 flg., hvor en nærmere udredning af herhenhørende ting findes.

[1] Se Dernburg: Pandekten I § 213.

[2] Disse termini benyttes ogsaa af Pfersche.

For at faa greie paa vore forfatteres stilling til spørgsmaalet maa vi se paa, hvad de lærer om virkningen paa overdragelsesretshandelen af svig og vildfarelse med hensyn til kausalretshandelen.

Hallager (se Hallager—Aubert: Obligationsrettens alm. d. s. 96 flg.) hylder den lære, der af Aubert sammesteds betegnes som den ældre, at svig fra den obligatoriske retshandelsmodtagers side mod retshandelsgiveren gjør overdragelsesretshandelen uforbindende. Hermed synes afgjort, at den ikke er abstrakt, men kausal. Hvorvidt forfatteren har opfattet den som objektivt eller kun subjektivt kausal, kan man vistnok ikke udfinde.

Aubert, der paa forskjellige steder har berørt svigens virkning[1], hævder, at den kun begrunder skadeserstatning, ikke bevirker overdragelsesretshandelens ugyldighed. Efter dette skulde overdragelsesretshandelen være i høieste grad abstrakt, thi kan ikke svigen gjøres gjeldende, vil det jo sige sig selv, at ikke bristende forudsætninger, hvorunder den obligatoriske retshandel (kausalretshandelen) maatte lide, kan influere paa overdragelsesretshandelen.

Aagesen: Indledning s. 559 betegner denne lære som den herskende. Han selv og med ham de følgende danske forfattere har forladt denne lære fuldstændig, idet de ikke blot lærer, at svig, der maatte klæbe ved den obligatoriske retshandel, men endog bristende forudsætninger betager overdragelsesretshandelen dens gyldighed. Dette vil sige, at overdragelsesretshandelen er objektivt kausal[2]. Vi ser saaledes, at forfatterne ingenlunde er enige.

III. Hvad de romanistiske forfattere angaar, saa træffer vi den samme uenighed[3]. Striden har her væsentlig staaet om, hvorledes man kunde forene det i de romerske retskilder paa flere steder[4] udtalte krav paa justa causa traditionis med samme rets kondiktionslære[5].

[1] Hallager—Aubert l. c. side 97 note 1, Aubert: Obl. sp. d. I s. 64 og III s. 223 flg., særlig 224.

[2] I henhold hertil opstiller de den lære, at tilbagesøgeren af en betalt ikke-skyld kan vindicere. (se f. eks. Jul. Lassen: Obl. alm. d. s. 82–83).

[3] Se herom Hofmann; Die Lehre vom titulus und modus acquirendi s. 47 flg. Windscheid: Pandekten I § 172 note 16 a, Dernburg: Pandekten I § 213 især note 8, Strohal i Iherings Jahrbücher bd. 27, s. 335 flg. og Otto Bähr: Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund § 4.

[4] Se f. eks. det vigtigste herhenhørende kildested 31 pr. D. 41—1.

[5] Kilderne modsiger sig selv ogsaa forøvrigt. Se de to i dette emne næsten berygtede kildesteder 36 D. 41—1 og 18 pr. D. 12—1. Det sidste synes at kræve en objektiv gyldig causa, det første, der ikke lader dissens m. h. t. kausaen influere paa traditionens gyldighed, derimod ikke. Se herom Strohal l. c. s. 363 flg.

Indtil tyveaarene i dette aarhundrede gik tendensen i retning af at opfatte justa causa objektivt.

Traditionens gyldighed var afhængig af traditionsgrundens objektive begrundethed [1].

Dog undtagelser herfra.

Savigny opponerede mod denne lære [2], og siden den tid har tendensen gaaet i den af ham paapegede retning. I den seneste tid har der dog reist sig røster i modsat retning, deriblandt Strohal.

IV. Indflydelsen af svig med hensyn til kausalretshandelen paa overdragelsesretshandelens gyldighed efter norsk ret.

Hvad dette emne angaar, saa er det den rigtige anskuelse, at svig — selv om den kun refererer sig til kausalretshandelen — fra overdragelsesretshandelsmodtagerens side mod retshandelsgiveren gjør overdragelsesretshandelen ugyldig ligeoverfor dens modtager og dennes kreditorer. Er svigen derimod begaaet mod tredjemand (f. eks. mod retshandelsgiverens kreditorer eller tidligere kjøbere), afficeres ikke overdragelsesretshandelens gyldighed derved.

Dette skal vi i korthed begrunde.

Ved behandlingen af svigens virkning har man hos os, som det synes, taget sig sagen temmelig let og ikke sondret mellem svig med hensyn til kausalretshandelen og svig med hensyn til overdragelsesretshandelen selv. Denne sondring har vistnok fra vort standpunkt ingen interesse, da vi hævder, at svigens virkning paa overdragelsesretshandelens gyldighed i begge tilfælde er den samme. Men havde man den anskuelse, at svig med hensyn til kausalretshandelen var uden indflydelse paa overdragelsesretshandelen, vilde det spørgsmaal opstaa, om svig med hensyn til selve overdragelsesretshandelen ogsaa var uden betydning for dens gyldighed [3].

[1] Som man paa forhaand kunde vente, staar kodifikationerne fra slutten af forrige og begyndelsen af dette aarhundrede pà dette standpunkt. Se for den preussiske landrets vedk. Dernburg: Lehrbuch des preussichen Privatrechts I § 238, for østerrigsk ret Pfersche l. c. s. 290 flg. Code civils stilling til spørgsmaalet er givet med dens eiendommelige regel om, at eiendomsretten formodes allerede overgaaet ved kjøbekontrakten (C. c. 711 smh. m. 1583).

[2] Først egentlig Regenbrecht, men efter hvad Hofmann l. c. s. 61—62 meddeler, havde han tanken underhaanden fra Savigny.

[3] Et eksempel vil klargjøre forskjellen mellem begge tilfælde: A. har et kostbart originalmaleri af en berømt kunstner samt en forholdsvis lidet værdifuld kopi af samme maleri. B. kjøber originalmaleriet for en spotpris, idet han svigagtig indbilder den ukyndige A., at det er kopien, handelen gjelder. Dette er svig med hensyn til kausalretshandelen.

Havde derimod tilfældet været følgende, vilde svig med hensyn til overdragelsesretshandelen have foreligget: A. har solgt kopien til B., originalmaleriet

Imidlertid er det fra vort standpunkt ikke nødvendigt at opholde sig ved dette punkt.

Naar overdragelsesretshandelsmodtageren ved svig har fremkaldt kausalretshandelen, kjender han til, at denne ikke er gyldig. Han kjender dermed ogsaa til, at overdragelsesretshandelen er materielt ubegrundet. Det skulde da synes at være en klar sag, at han ikke kan erhverve nogen ret ifølge en saadan retshandel. Han selv kan ikke have noget retfærdigt krav herpaa, da han jo er pligtig til at svare skadeserstatning for sit retsbrud. Det maa da for ham være en ligegyldig sag, om han hjemsøges med et søgsmaal, der kun har obligatorisk eller med et, der har tinglig virkning. Hans kreditorer kan heller ikke have noget billigt krav paa, at kun et obligatorisk søgsmaal skal anvendes. Thi den lovgivning, der har søgt at værge en persons kreditorer mod tab ved svigagtige retshandler, synes konsekvent ogsaa at maatte nægte dem at lukrere paa sin debitors svig. Thi ellers vilde, naar retshandelsgiveren var gaaet konkurs, den svigagtige retshandelsmodtagers kreditorer lukrere paa bekostning af retshandelsgiverens.

Hvorledes man er kommen til at erklære en ved svig fremkaldt overdragelsesretshandel for gyldig (kun obligatorisk angribelig), er ikke godt at sige. Maaske har man stirret sig blind paa den romerske kondiktionslære. Denne lære gaar jo blandt andet ud paa, at en ting, naar den er traderet ex injusta causa, han kondiceres. Men: «Nemo rem suam condicere potest.» Altsaa maa eiendomsretten være gaaet over. Denne slutning er vistnok ogsaa for romersk ret falsk, thi den ene af præmisserne holder ikke stik, hvad allerede condictio furtiva viser. Og som Hofmann l. c. s. 121—22 paapeger, forholder vindicatio og condictio sig ikke in abstracto til hinanden som olje og vand. Derfor kan en kondiktion in concreto godt være paa sin plads (tingen kan f. eks. være gaaet tilgrunde), selv om vindikation in abstracto vilde være anvendelig.

Men om den romerske kondiktionslære maatte doceres i den her bestridte skikkelse, saa maa vi med hensyn til norsk ret ikke lade os forvilde deraf.

Eller man har opfattet overdragelsesretshandelen som en aldeles ensidig akt fra overdragerens side. Man har maaske ræsonneret saa: Naar overdrageren har overdragelsesvilje, kommer det ikke an paa, om modtageren enten overhovedet ikke har eller ikke har

til C. Da begge malerier var indpakkede, har A. og C. ikke merket sig saa nøie, hvilken pakke, der indeholdt originalmaleriet. B., der derimod har passet nøie paa, faar nu A. til at overdrage sig det sidste.

en af retten tilladelig og derfor ikke paaberaabelig vilje til at erhverve. Dette er ikke rigtigt[1]. Overdragelsen er en modtakingsturvende retshandel, men den, der kjender til, at kausalretshandelen er ugyldig, er ikke modtakefør (empfangsfähig). Det er med dette, som naar traditionstilbud og kausal(retshandels)tilbud sker samtidig. Modtageren kan ikke vilkaarlig adskille disse 2 tilbud — antage det første og afslaa det sidste[2]. Men læren om, at den i kraft af en ved svig fremkaldt kausalretshandel foretagne overdragelsesretshandel kun er obligatorisk angribelig, gaar i virkeligheden ud paa, at retshandelsmodtageren vilkaarlig kan skille traditionen fra dens grund — kan akceptere den første og ignorere (ↄ: i virkeligheden afslaa) den sidste.

Har man alligevel betænkeligheder ved at antage den her forfægtede lære, maa det grunde sig paa konkurslovens bestemmelser angaaende omstødelselse af retshandler, der er indgaaet in fraudem creditorum. Det maa vistnok indrømmes, at konkursloven har bygget paa sin tids herskende lære, at eiendomsretten gaar over paa den svigagtige retshandelsmodtager, men dette er dog ikke noget afgjørende argument for, at det samme skal gjelde, hvor overdrageren selv er bleven besvegen. Overdrageren iflg. konkurslovens bestemmelser (konkursdebitor) er ikke besvegen. Han har altsaa en virkelig overdragelsesvilje. Dette vides ogsaa af modtageren. Det vilde saaledes være urimeligt og stridende mod de almindelige regler, dersom eiendomsretten ikke da skulde gaa over[3]. Analogien fra konkursloven kan saaledes ikke paaberaabes for den bestridte mening. Den fører ikke længer end til at antage, at kjøber nr. 2, der kjender en tidligere kjøbekontrakt angaaende den samme individuelle gjenstand, bliver eier, naar kjøbet først fuldbyrdes ligeoverfor ham[4].

Vi kommer saaledes til det resultat, der ogsaa er det for retsfølelsen mest tilfredstillende, at den ved retshandelsmodtagerens svig

[1] Jfr. Dernburg i Pandekten I § 213, især note 2 og det der citerede kildested 55 D. 44—7.

[2] En mand overækkes en værdigjenstand som gave. Han afslaar at modtage gaven, men vil beholde gjenstanden til et veldædigt øiemed. Overdrageren kan vindicere.

[3] Jfr. hermed B. Getz i retstidende for 1881 s. 290.

[4] Hvad der her er antaget som en konsekvens af konkursloven, er ogsaa ad en anden vei antaget af Herman Scheel i tidsskrift for retsv. for 1894 s. 437—40. Hans ræsonnement hidsættes: Kjøber nr. 1 har kun et obligatorisk krav. Naar sælgeren overdrager tingen til ondtroende kjøber nr. 2, kan han ikke længer have eiendomsretten. Han har nemlig overdragelsesvilje. Etsteds

mod retshandelsgiveren fremkaldte overdragelsesretshandel er tinglig, ikke blot obligatorisk angribelig ligeoverfor retshandelsmodtageren selv og hans kreditorer. Overdragelsesretshandelen kan derfor ikke efter norsk ret betegnes som abstrakt.

V. Hvilken indflydelse har en med hensyn til kausalretshandelen brusten forudsætning paa overdragelsesretshandelens gyldighed?

Dette emne skal kun behandles for overdragelse af eiendomsret over legemlige ting og overdragelse af fordringer og autorrettigheder. Det vilde nemlig føre for vidt at gjennemgaa overdragelse af de forskjellige positivt begrænsede tinglige rettigheder over legemlige ting, da det slet ikke er givet, at de med hensyn til nærværende emne følger samme regel som overdragelse af eiendomsret.

Vi skal da i korthed begrunde følgende lære. Overdragelsesretshandelen (traditionen) er, naar dens gjenstand er en legemlig ting eller fordring, der er støttet til et dokument, som nødvendig maa haves tilstede, for at fordringen kan gjøres gjeldende, i almindelighed subjektivt kausal. Dette bestemmes nærmere saaledes: Naar overdrageren og den, til hvem der overdrages, nærer om end den feilagtige tro, at en tilstrækkelig overdragelsesgrund alt foreligger, afficeres ikke overdragelsesretshandelen af mulige mangler ved kausalretshandelen. Sker overdragelsen i henhold til en kausalretshandel, der skal komme istand i fremtiden, formodes den at være foreløbig og betinget af, at kausalretshandelen kommer til eksistens [1]. Dog er betingelsen indtraadt og den foreløbige overdragelse endelig, saasnart parterne om end vildfarende tror, at kausalretshandelen er kommet istand.

Er overdragelsesretshandelens gjenstand derimod en mundtlig fordring (eller ideel produktionsret) er den objektivt kausal.

1. Først skal behandles eiendomsoverdragelse af legemlige løsøregjenstande.

   Her maa erindres, at begge parter antager, at en tilstrækkelig kausalretshandel foreligger.

   Modtageren har erhvervsvilje, og her gjelder i modsætning til, hvad før er antaget, naar han har gjort sig skyldig i svig, at han er retslig dygtig til at modtage retshandelen. Overdrageren har overdragelsesvilje, om han end ikke vilde

maa imidlertid eiendomsretten være. Spørgsmaalet bliver da, om hos kjøber nr. 1 eller hos kjøber nr. 2. Det synes lidet rimeligt, at kjøber nr. 1, der før kun havde et obligatorisk krav, pludselig skulde faa den tinglige ret ved en akt, som han ikke havde taget del i. Altsaa maa eiendomsretten være hos kjøber nr. 2.

[1] Saa ved løsøre. Ved fast gods er denne sondring ikke praktisk. Se s. 102.

have havt denne, dersom han havde kjendt til, at kausalretshandelen kunde angribes. I § 9, XV har vi seet, at en forudsætning med hensyn til en obligatorisk retshandel er at ligestille med en resolutiv betingelse. Heraf følger, at en tradition, der er foretaget i henhold til en obligatorisk retshandel, hvortil der klæber en forudsætning, maa behandles som resolutivt betinget. Tænker vi os nu, at parterne havde føiet den udtrykkelige betingelse til traditionen, at eiendomsoverdragelsen igjen skulde gaa om, dersom det viste sig, at kausalretshandelen var uforbindende, saa vilde der foreligge en eiendomsoverdragelse under en resolutiv betingelse.

Spørger vi saa efter, hvem der har den aktuelle, hvem den eventuelle eiendomsret, saa maa retshandelsmodtageren have den første, retshandelsgiveren den sidste. Den eventuelle eiendomsret maa imidlertid opfattes som en begrænset tinglig rettighed, der efter norsk ret ikke kan beskyttes uden i forbindelse med besiddelse[1]. Et søgsmaal paa tilbagerholdelse af eiendomsretten, naar den resolutive betingelse indtræder, vil saaledes kun have obligatorisk virkning. Men er dette saa, vilde det være utænkeligt, at en forudsætning skulde have nogen anden og sterkere virkning. Hermed er beviset ført for, at eiendomsoverdragelse ved tradition af løsøre er subjektivt kausal. Hvad der antages i dette typiske tilfælde, maa vistnok ogsaa læres, om besiddelsen fremdeles er paa overdragerens haand, naar kun meningen har været, at eiendomsretten skulde være gaaet over straks.

Foretages derimod en tradition i henhold til en kausalretshandel, der forudsættes at komme istand i fremtiden, maa den opfattes som foreløbig. Forudsætningen, at kausalretshandelen kommer istand, maa nemlig opfattes som en suspensiv betingelse, knyttet til overdragelsen. Men ved en suspensivt betinget eiendomsoverdragelse har overdrageren den aktuelle, erhververen kun den eventuelle eiendomsret. Da nu den

[1] Herom er norske forfattere enige. Se Hagerup: Kjøb og salg s. 14. Herman Scheel i tidsskrift for retsv. 1894 s. 435—36. Danske forfattere er sedvanlig af en anden mening, men deres begrundelse herfor er ikke synderlig overbebevisende. Her kan der ikke gaaes nærmere ind paa dette spørgsmaal. Kun skal bemerkes: Skulde ikke den eventuelle eiendomsret opfattes som en begrænset tinglig ret, vilde de sedvanlige definitioner af eiendomsretten som den raadighedsret, der er negativt begrænset, være gal, thi det forstaaes uden nærmere kommentar, at 2 sideordnede rettigheder over en ting ikke kan være negativt begrændsede begge to.

aktuelle eiendomsret beskyttes in rem ogsaa uden besiddelse, vil overdragelsen kunne omstødes med tinglig virkning, naar betingelsen ikke indtræder.

Overdragelse af en løsøregjenstand i henhold til en kausalretshandel, der skal komme istand, er altsaa objektivt kausal. Dog indsees det uden nærmere udgreiing, at hvis parterne om end ved en feiltagelse antager, at kausalretshandelen er kommen istand, saa kan overdragelsen efter dette tidspunkt kun angribes med obligatorisk virkning.

2. Ved fast gods kan en eventuel eiendomsret beskyttes in rem, naar et dokument, der hjemler rettigheden, tinglyses. Men dette er ogsaa nødvendigt. En udtrykkelig bestemmelse om, at eiendomsretten igjen skal gaa over paa sælgeren, naar en vis begivenhed indtræder, vil ikke kunne gjøres gjeldende med tinglig virkning, naar den ikke er indtaget i skjødet eller tinglyst særskilt. Heraf følger, at en forudsætning, der efter sit begreb aldrig kan blive tinglyst, heller ikke kan gjøres gjeldende med tinglig virkning. Eiendomsoverdragelsen af fast gods er altsaa subjektivt kausal.

3. Er overdragelsesretshandelens gjenstand en obligatorisk fordring, faar det fremholdte ingen betydning.

En betingelse knyttet til den konstitutive stiftelse af en fordringsret følger fordringen paa enhvers haand, og det ikke mindre om betingelsen er resolutiv, end om den er suspensiv. Det samme gjelder bristende forudsætninger. Men er dette saa, synes erhvervelse af en fordring ad translativ vei at maatte følge samme regel. Med andre ord: Ikke blot den konstitutive stifters indsigelser mod fordringen kan gjøres gjeldende, men ogsaa den senere overdragers.

Er en fordring altsaa overdraget paa grund af bristende forudsætninger, der knytter sig til kausalretshandelen, vil disse kunne gjøres gjeldende ikke blot mod cessionaren selv, men ogsaa mod hans kreditorer.

Man kan vistnok ved den translative overdragelse af en fordring sondre mellem kausalretshandel og overdragelsesretshandel, men de grunde, som ovenfor er anførte for eiendomsoverdragelsens subjektivt kausale natur, naar overdragelsens gjenstand er en legemlig ting, har som sagt, ingen anvendelse paa den translative overdragelse af obligatoriske fordringer i almindelighed. Kun fordringer, der er knyttede til dokumenter,

der nødvendig maa haves tilstede, for at fordringen kan gjøres gjeldende[1], maa ligestilles med legemlige gjenstande.

4. At autorrettigheder, der ikke er knyttede til dokument paa anførte maade, maa følge regelen for mundtlige fordringer, behøver neppe at bemerkes.

Hvad der her er udviklet om bristende forudsætninger med hensyn til kausalretshandelen, gjelder ogsaa uægte vildfarelse.

§ 22. Særskilt om vildfarelse, der knytter sig til selve overdragelsesretshandelen[2].

I. Forsaavidt overdragelsesretshandelens gyldighed efter forrige § allerede paavirkes af mangler ved kausalretshandelen, faar nærværende § intet raaderum. Derfor vil f. eks. overdragelse af almindelige obligatoriske rettigheder og ideelle produktionsrettigheder af sig selv falde udenfor denne §.

Vi skal imidlertid ikke omhandle det emne, som paragrafen omspænder, i enkelthederne, men indskrænke os til kun at paapege den principielle forskjel mellem behandlingen af vildfarelse med hensyn til kausal- og overdragelsesretshandler. Til den ende vil det anbefale sig kun at have eiendomsoverdragelse af løsøre for øie.

I forrige § behandledes tilfælde, hvor overdragelsesretshandelen i og for sig var i orden, men hvor kausalretshandelen var angribelig paa grund af svig, vildfarelse i motiverne eller uægte vildfarelse.

I denne § forudsættes derimod kausalretshandelen at være i orden, kun overdragelsesretshandelen lider af feil paa grund af vildfarelse. Modtageren forudsættes i god tro.

II. Ved de obligatoriske retshandler sondrede vi mellem vildfarelse i motiverne og uægte vildfarelse. Den førstes relevans for en retshandels gyldighed var positivt, den sidstes saa at sige negativt begrænset.

Denne sondring kan man fra et principielt standpunkt ogsaa foretage ved traditionsretshandelen, men den har regelmæssig ingen juridisk interesse her. Sagen er nemlig, at det er traditionens uoverensstemmelse med kausalretshandelen, som er den abnormitet,

[1] Altsaa gjeldsbreve, der gaar ind under forordningen af 9. februar 1798, ordrepapirer, hvad enten de gaar ind under forordningen eller ikke, og ihændehaverpapirer.

[2] Jfr. hermed Pfersche: Die Irrthumslehre des österreichischen Privatrechts s. 297 flg.

der her er relevant. Om denne abnormitet grunder sig paa ægte eller uægte vildfarelse er regelmæssig ligegyldigt. Vi skal fra Iherings Civilrechtsfälle frit gjengive 2 eksempler som grundlag for fremstillingen:

1) A kjøber af B et originalmaleri af en berømt kunstner for 10 000 kroner. C en kopi af samme maleri for 350 kroner. Da begge billeder ser ganske ligt ud, tager B feil, naar han skal sende dem. A faar saaledes kopien, C originalmaleriet.

   C gaar konkurs, før feilen bliver opdaget, og der spørges, om B kan vindicere[1].

2) A bestiller hos lotterikollektør B et lod nr. 1 313, men ved B's feiltagelse faar han 1 331. Sidste lod vinder. Kan B vindicere?[2]

Dersom vi tænker os i tilfælde nr. 1, at B ikke huskede andet end at A havde kjøbt kopien, C originalmaleriet, vilde error in motivis foreligge. Huskede han derimod rigtigt, men paa grund af maleriernes lighed tog feil, saa vilde vi have at gjøre med vildfarelse med hensyn til udførelseshandlingen[3]. Det synes da selv ved første øiekast urimeligt, at disse 2 arter vildfarelse skulde bedømmes paa forskjellig maade.

Naar vi saaledes maa behandle error in motivis paa samme maade som den uægte vildfarelse, saa kunde man maaske finde, at vi er inde paa et skraaplan. Thi udgangspunktet efter § 9 var jo, at error in motivis regelmæssig var irrelevant. Nu synes derimod error in motivis regelmæssig at skulle blive relevant. Hvorledes kan dette da harmonere med regelen om retshandlers forbindende kraft? Dette er dog indvendinger, der heldigvis kun har en tilsyneladende berettigelse. Sagen er, at det paa bedste maade harmonerer med vort forudsætningssynspunkt her at behandle error in motivis saaledes. Her foreligger nemlig en af de undtagelser, der gjør et motiv retslig relevant, forskjellen er kun, at denne undtagelse har anvendelse paa traditionsretshandelen i almindelighed, forsaavidt ingen undtagelsesregel kan paavises[4]. Det maa nemlig ansees for en forudsætning for traditionens gyldighed, at den dækker kausalretshandelen.

III. At selve traditionen — eiendomsoverdragelsen — bliver ugyldig paa grund af vildfarelse, der knytter sig til den, er det for retsfølelsen mest tilfredsstillende. Thi det vilde jo være ganske

[1] Civilrechtsfälle s. 11.

[2] Civilrechtsfälle s. 180. Begge eksempler er ogsaa citeret hos Pfersche l. c.

[3] Saaledes ogsaa Pfersche l. c.

[4] Jfr. i den retning nedenfor, naar en ting traderes til urette person (s. 106).

urimeligt, om konkursboet i det først nævnte eksempel skulde lukrere paa den feiltagende tradents bekostning. Dette vilde være at tillægge det en vinding uden tilsvarende risiko. Thi hvis konkursdebitor (C) havde kjøbt originalmaleriet og faaet overdraget kopien, kunde det have krævet originalmaleriet i stedet[1].

Kreditorerne har saaledes ingen berettiget interesse i, at traditionen er gyldig.

Traditionsmodtageren personlig har aldeles ingen interesse deri, da det maa være ham ligegyldigt, enten han hjemsøges med et søgsmaal, der har tinglig eller med et, der kun har obligatorisk virkning.

Tradenten derimod har en meget berettiget interesse i, at traditionen er ugyldig[2].

Det resultat — ɔ: at traditionen er ugyldig — stemmer saaledes ogsaa bedst med parternes gjensidige interesseforhold.

At der ikke fra traditionens væsen kan hentes nogen indvending mod denne lære, ansees for givet.

IV. Om dette forholder sig paa denne maade, saa maa dog rækkevidden af den opstillede sætning undersøges.

Uoverensstemmelsen mellem traditionen og kausalretshandelen kan grunde sig enten paa feiltagelse med hensyn til

1. den traderede ting eller
2. den person, til hvem den traderes.

Ad 1. Uoverensstemmelsen maa være væsentlig. Hvad hertil skal udkræves, kan ofte være tvivlsomt. Som almindelig regel maa siges: Væsentlig er uoverensstemmelsen, naar enten

a) traditionsmodtageren efter en objektiv maalestok vilde have ret til at kræve en anden ting eller til at fragaa handelen, om den foretagne tradition havde været tænkt som endelig[3] eller

[1] At dette muligens kunde blive forpurret derved, at sælgeren i mellemtiden var gaaet konkurs, kan ikke anvendes som argument herimod; thi denne indvending afpareres ved henvisning til, at traditionsmodtageren har retentionsret i den feilagtig traderede ting. At retentionsret under disse omstændigheder er begrundet, synes klart. Der kan nemlig ikke kræves nogen sterkere forbindelse mellem besiddelse og krav, end her foreligger. En nærmere udredning heraf vilde føre for vidt paa dette sted.

[2] Saaledes ogsaa Pfersche l. c.

[3] Hvad hertil kræves vil bedømmes forskjellig, eftersom kausalretshandelen angaar en individuel eller generisk bestemt gjenstand. Jfr. § 10, II, hvor vi havde kjøb af individuelle gjenstande for øie.

b) tradenten paa samme maade vilde have ret til at kræve at faa overdrage den rigtige ting istedetfor den feilagtig traderede [1].

I det efter Ihering først anførte eksempel er uoverensstemmelsen selvfølgelig væsentlig.

I det sidst nævnte eksempel maa det derimod nægtes: thi for en objektiv betragtningsmaade maa det være ligegyldigt, hvilket nr. man faar. Udsigten til at vinde er i alle tilfælde den samme.

Det anførte finder ogsaa anvendelse paa pengeydelser.

Har, som Hallager siger [2], en mand ved feiltagelse betalt en tidalerseddel istedetfor en dalerseddel, uden at modtageren er bleven det var, kan han vindicere den fra dennes konkursbo.

Ad 2. Error in persona er her væsentlig, naar traditionen sker til nogen anden end den, som er kreditor ifølge kausalretshandelen. Men her maa man passe paa: Sker traditionen til nogen anden af den grund, at man ansaa ham for kreditor, klæber feiltagelsen ikke ved traditionen, men ved dens grund (kausalretshandelen). Da griber altsaa condictio indebiti ind. Den opstillede regel faar saaledes kun anvendelse, naar man ved en feil i udførelseshandlingen traderer til urette mand. Saaledes, naar de af B i en butik kjøbte varer feilagtig traderes til A [3].

IV.

Vildfarelse ved tinglige retshandler, der ikke er overdragelsesretshandler.

§ 23. Vildfarelsestilfælde ved okkupation og dereliktion.

I. Tager man en herreløs f. eks. en derelinkveret ting til sig i den tro, at den har en eiermand, bliver man eier som okkupant; thi okkupationsviljen behøver egentlig ikke noget bestemtere ind-

[1] Kan retshandelsmodtageren i dette tilfælde med grund forudsætte, at feiltagelsen er sælgeren bekjendt, og at han alligevel vil overdragelsen, er traditionen gyldig. Saaledes i det af Pfersche nævnte eksempel: Tingen a er kjøbt, men ikke betalt, tingen b er kjøbt og betalt. Ved feiltagelse traderes tingen a istedetfor tingen b.

[2] Obligationsretten II s. 601.

[3] At vindikation i dette tilfælde heller ikke vilde være udelukket, om A var sindssyg, er klart. (jfr. § 12 V).

hold, end at man vil behandle tingen, som om man var eier[1]. Nævnte vildfarelse altsaa irrelevant[2].

Noget andet er det, at denne vildfarelse kan have strafferetslig virkning (jfr. § 3).

II. Derelinkverer man sin egen ting i den tro, at den tilhører en anden, tabes eiendomsretten, thi dereliktionsviljen behøver ikke at have noget andet indhold end at blive tingen kvit[3].

Vil man derelinkvere tingen a, men griber feil og derelinkverer tingen b, saa foreligger ingen gyldig dereliktion. Nogen tilstedeværende kan altsaa ikke kappes med eieren om at okkupere tingen. Her foreligger, som vi ser, uægte vildfarelse, og det antagne resultat stemmer altsaa med den om denne art vildfarelse fremsatte lære.

Noget andet vilde selvfølgelig heller ikke antages, om det skulde være at tilregne som uagtsomhed (og regelmæssig vilde det jo det), at man havde grebet feil.

Havde man derimod derelinkveret tingen i den tro, at den var værdiløs, men senere opdaget, at den var temmelig værdifuld, saa er dereliktionen gyldig. Her foreligger nemlig kun error in motivis. Har nogen i mellemtiden okkuperet tingen, er han altsaa bleven eier.

[1] Ligeoverfor dette resultat kunde man maaske indvende, at vi slaar os selv paa munden. Vi har jo henregnet okkupation og dereliktion til retshandler. Men for at en retshandel skulde foreligge, maatte der være en vilje, der gik ud paa at frembringe retsvirkning. Nu synes det, som om vi ikke tager det saa alvorligt med denne vilje til at frembringe retsvirkning. Denne indvending rammer, dersom man lægger mer an paa at øve sig i haarkløverier end paa at tage reale hensyn. Forresten anser vi ikke sagen for saa vigtig, at vi vil opholde os derved.

[2] Jfr. hermed for romersk ret Dernburg: Pandekten I § 203. Herimod Enneccerus: Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin s. 22—23.

[3] Jfr. herimod Enneccerus l. c. s. 22. Enneccerus's mening er ialfald ikke rigtig for romersk rets vedkommende, hvad der fremgaar af en analogislutning af 49 D. 17—1, der bestemmer, at naar man ifølge fuldmagt fra Titus sælger sin egen ting i den tro, at den tilhører ham, saa er salget gyldigt.

V.

Vildfarelsens indflydelse paa gyldigheden af retshandler mortis causa.

---

§ 24. Om forskjellen mellem retshandler inter vivos og mortis causa.

I. Alt paa tærskelen til formueretten[1] møder os spørgsmaalet: Hvor skal grænselinjen mellem retshandler inter vivos og mortis causa drages?

Et overmaade vigtigt spørgsmaal, hvis besvarelse ikke er saa ganske lige til. Lovgivningen indeholder ingen direkte afgjørelse deraf, men idet den paa flere steder fastsætter ulige regler for retshandler inter vivos og mortis causa, forudsætter den en bestemt grænselinje. For at denne rigtig skal kunne optrækkes, maa vi have fat i den grund, der har bestemt lovgivningen til at behandle de nævnte 2 slags retshandler paa forskjellig maade. Derfor følgende oversigt over herhenhørende tilfælde:

1. Retshandler mortis causa er undergivet regelen om testamentsformer (arvelovens § 50 flg.), forsaavidt ikke noget andet undtagelsesvis fremgaar af andre steder i arveloven (optegnelser om livsarvingers kollationspligt (§ 14), tilbagekaldelse af testamenter, naar den sker paa en bestemt maade (§ 54), gaver, som gjøres og fuldbyrdes paa dødsleiet[2] (§ 65)), retshandler inter vivos ikke (n. l. 5—1—1).
2. Retshandler mortis causa er undergivet regelen om livsarvingers tvangslod (§ 33 flg.), retshandler inter vivos ikke, medmindre der kan paavises positiv hjemmel for det modsatte (livsgaver, der er ufuldbyrdede ved dødsfaldet, § 65).
3. Mandens raadighed over fellesboet er hvad retshandler inter vivos angaar negativt begrænset (jfr. lov af 29. juni 1888 §§ 14 og 31 og n. l. 5—1—10), hans raadighed over fellesboet (sin egen andel fraregnet) ved retshandler mortis causa positivt be-

[1] D. v. s., dersom spørgsmaalet ikke er løst i privatrettens almindelige del, hvor det fra et strengt systematisk standpunkt set egentlig hører hjemme.

[2] Professor Platou i sine kontratrykte arveretsforelæsninger side 337 flg. hævder den opfatning, at regelen om testamentsformers nødvendighed er anvendelig paa saadanne gaver. Det skal ogsaa indrømmes, at Platous argumentation er rigtig fra et strengt lovfortolkningsstandpunkt. Spørgsmaal, om ikke praksis er en anden.

grænset (jfr. arvelovens § 14, 2). Det bemerkes, at i første tilfælde begrænsningen, i sidste tilfælde udstrækningen af mandens raadighed er væsentlig angivet ved de anførte lovsteder.

4. Den længstlevende ægtefelle, der sidder i uskiftet bo, hvad enten umiddelbart i kraft af loven eller i kraft af bevilling, har over det hele bo en raadighed, der saavel med hensyn til retshandler inter vivos[1] som mortis causa[2] er kongruent med mandens raadighed over fellesboet[3].

5. Ifølge arvelovens § 60 har den længstlevende ægtefelle, der har benyttet sig af et gjensidigt testament, ret til at forføie over det hele bo paa enhver maade ved retshandler inter vivos, medmindre testamentet bestemmer noget andet. «Testamentariske bestemmelser» (c: retshandler mortis causa; merk nemlig modsætningen til: «raader over boet i levende live») kan træffes kun over den længstlevendes egen andel af boet + det, som uafhængig af boet er erhvervet[4].

Grunden til, at retshandler mortis causa i disse henseender er sat under andre og strengere regler end retshandler inter vivos, maa søges i, at de har et fra disse forskjelligt øiemed. Lader vi i tanken de vigtigste formuesretshandler passere revy, vil vi finde, at nogle har til øiemed at tjene retshandelsgiveren selv, tjene som led i hans udnyttelse af formuen i levende live. Har retshandelen dette øiemed, vilde det ikke være vel betænkt at underkaste den de indskrænkninger med hensyn til pligtdel, testamentsformer etc., som retshandler mortis causa er undergivne. Lovgivningen kan heller ikke forudsættes at have villet dette. Disse retshandler maa derfor regnes til retshandler inter vivos, og det selv om retshandelsgiverens død skulde være sat som termin for retshandelens opfyldelse, ja endog om retshandelsgiveren selv ikke kan siges direkte at føle byrden af retshandelen. Saaledes maa afhændelse af efterladenskaberne

[1] Lov af 31. juli 1851 § 9 (jfr. § 8) sammenholdt med lov af 29. juni 1888 § 14.

[2] Jfr. arvelovens § 14 (dels direkte, dels anologisk anvendelse).

[3] Dette erkjendes dog ikke i sin fulde udstrækning af dr. Herman Scheel i hans skrift om ægtefellers formuesforhold § 45. Han finder en analogisk anvendelse af § 14 i lov af 29. Juli 1888 paa den i uskifte hensiddende ægtefelles raadighed over boet ikke tilstedelig.

[4] Hermed er ikke udtømmende opregnet de tilfælde, hvor sondringen mellem retshandler inter vivos og mortis causa er af interesse. Et andet tilfælde hidsættes: Den, der har oprettet arvepagt, kan ikke raade over boet ved retshandler mortis causa, forsaavidt den kontraktsmæssige arvings ret herved berøres. Derimod kan han forføie over boet paa enhver maade ved retshandler inter vivos. Dette er ikke positivt udtalt i arveloven, men følger af en rigtig fortolkning af arvepagten. Jfr. Dernburg: Pandekten III § 126.

mod vederlag, naar øiemedet er udnyttelse af formuen i levende live, være en retshandel inter vivos. Dette er ogsaa meget rigtigt anerkjendt i vor praksis[1].

De retshandler derimod, hvis øiemed er at bestemme, hvorledes der skal forholdes med retshandelsgiverens formue efter hans død (bestemme dens fordeling etc.), og hvori han selv ikke har nogen umiddelbar interesse, maa henregnes til retshandler mortis causa, og det uden hensyn til om de er velgjørende eller bebyrdende, tilbagekaldelige eller uigjenkaldelige. Heller ikke gjør det noget til sagen, om dispositionen er retslig fuldbyrdet (f. eks. skjøde udstedt) før opretterens død, naar den faktiske fuldbyrdelse er bestemt at foregaa først efter dette tidspunkt. Heri ligger, at en retshandel, der gaar ud paa, at retshandelsmodtageren skal have en vis gjenstand i arveladerens bo mod fuldt (f. eks. skjønsmæssigt) vederlag til dette, er en retshandel mortis causa. Dette benægtes vistnok af Hallager[2], der finder, at gratuitet hører med til mortis-causa-retshandelens begreb. Skulde dette antages, vilde manden faa en næsten uinskrænket myndighed til at bestemme, hvem fellesboets gjenstande skulde tilfalde efter hans og hustrus død. Og det behøver ingen nærmere paavisning, at dette vilde være urimeligt[3].

I det udviklede ligger ogsaa, at arveafkald er ingen retshandel mortis causa. Thi det angaar ikke retshandelsgiverens egne, men en a n d e n persons efterladenskaber. At manden ikke kan give afkald paa hustruens ventendes arv, selv om formuesfellesskab finder sted, strider ikke herimod; thi det kommer af, at hustruens arve-

[1] Se høiesteretsdom i retstidende 1879 s. 165 (en retshandel, der gik ud paa at retshandelsgiveren skulde have livsvarigt ophold hos retshandelsmodtageren, mod at denne erholdt hans efterladenskaber, anseet som retshandel inter vivos) og 1881 s. 456 (En retshandel indgaaet af en dame ligeoverfor et tyende om, at dette skulde erholde 1 200 kroner af hendes bo paa betingelse af, at det vedblev i tjenesten til hendes død, ligeledes anseet som retshandel inter vivos). Jfr. Aubert: Obl. sp. d. I s. 7 note 5. Dersom en retshandel som den i den sidst citerede dom skulde opfattes som velgjørende, maatte den regnes for retshandel mortis causa. Dette synes ikke ganske klart hos Aubert l. c.

[2] Se hans arveret (anden udgave) s. 138).

[3] Da sondringen mellem retshandler inter vivos og mortis causa kun er et præliminært spørgsmaal for vort emne, er det selvfølgelig her ikke stedet til nærmere at begrunde den fremsatte mening. Den fremsatte sondring, der forøvrigt ogsaa styrkes ved arvelovens §§ 36 og 37, stemmer med den hos Torp: Hovedpunkter af formuerettens almindelige del side 45—46 fremsatte lære, og synes ogsaa at stemme med Regelsberger: Pandekten I side 542. Dernburg i Pandekten I § 92 (se særlig note 1) synes derimod at regne enhver disposition over efterladenskaberne, uden hensyn til om deres øiemed er at tjene disponentens egne økonomiske formaal, for retshandel mortis causa.

udsigt ikke hører med til fellesboet, og det ikke engang om hun ved arvepagt eller som livsarving kan siges at have retskrav paa arven[1].

II. Lægger vi den under I udviklede bestemmelse af begrebet retshandel mortis causa til grund, faar vi følgende arter:

A. Tilbagekaldelige (eller sidste) retshandler mortis causa.
 1) tilbagekaldelige velgjørende retshandler mortis causa.
  a) arvingsindsættelser (arving = heres).
  b) legatoprettelser.
 2) tilbagekaldelige bebyrdende retshandler mortis causa[2].
B. Uigjenkaldelige retshandler (kontraktmæssige dispositioner) mortis causa.
 1) uigjenkaldelige velgjørende retshandler mortis causa (donationes mortis causa i videre forstand).
  a) kontraktmæssige arvingsindsættelser (arvepagter).
  b. kontraktmæssige legatoprettelser (donationes mortis causa i snevrere forstand).
 2) uigjenkaldelige bebyrdende retshandler mortis causa (ydelsen erlægges af boet, modydelsen til boet).

§ 25. Vildfarelsens indflydelse paa gyldigheden af tilbagekaldelige velgjørende retshandler mortis causa.

I. De regler, der gjelder om vildfarelsens indflydelse paa gyldigheden af retshandler mortis causa i almindelighed, skal i denne § knyttes til den i retslivet hyppigst forekommende art, nemlig den tilbagekaldelige velgjørende retshandel mortis causa. Gjelder noget andet for andre arter, eller er der i saa henseende tvil, skal særskilte bemerkninger derom fremsættes i §§ 26 og 27.

Det skal bemerkes, at det her kun kan være tale om at paapege de hovedsynspunkter, som kommer til anvendelse. Der kan ikke gaaes i enkeltheder.

II. Uoverensstemmelse mellem vilje og viljeserklæring.

Her gjelder ingen tillidstheori i nogen form. Dette følger allerede af tilbagekaldeligheden. Er der uoverensstemmelse mellem testators vilje og hans viljeserklæring, skulde altsaa i og for sig den virkelige mening gjelde. Dette kan ogsaa antages i sin fulde udstrækning i negativ retning ɔ: naar det gjelder at omstyrte en testamentarisk forføining eller at ignorere en bestemmelse i et testament, der

[1] Se Herman Scheel: Ægtefællers formuesforhold § 3.
[2] Saadanne er vel neppe mer end tænkelige.

ikke staar i samklang med testators vilje. Derimod ikke ubetinget i positiv retning ɔ: naar man skal sætte den virkelige mening ind paa det feilagtige udtryks sted. Her støder man nemlig paa den eiendommelighed, at en testamentarisk forføining skal foreligge i en vis form[1]. Naar denne form ikke er iagttaget, og det er den jo ikke, naar den virkelige mening ikke er kommet til udtryk, saa skulde konsekvent al adgang til at hjælpe testators vilje til sin ret være lukket. Imidlertid maa man ikke tage denne sag smaaligt.

Saaledes bør en falsk benævnelse ikke skade, naar det kun er paa det rene, hvad testator har ment med denne benævnelse[2]. Forsaavidt gjelder ogsaa her sætningen: Falsa demonstratio non nocet[3]. Heller ikke feilskrivning vil skade, naar det kun kan bevises, hvad der er ment[4].

III. Vildfarelse i motiverne. Motivet saa vi var regelmæssig irrelevant ved obligatoriske formueretshandler inter vivos. Retshandelsgiveren maatte afgive retshandelen paa egen risiko. Om motiverne viste sig falske, maatte han alligevel vedstaa retshandelen. Dog undtagelser fra denne regel.

Ved testamenter er regelen den omvendte. Man afgiver retshandelen ikke paa egen, men paa dens risiko, der skal have fordelen af den. Dette følger egentlig af tilbagekaldeligheden. Opdager nemlig en testator efter testamentets oprettelse, at hans motiver har været falske, saa kan han tilbagekalde forføiningen. Men skulde det først efter testators død opdages, at hans motiver havde været feilagtige, saa er det rimeligt, at den, der bortseet fra det testament, om hvis gyldighed der spørges, vilde have været arving, i denne henseende ogsaa har samme ret.

Imidlertid kan ikke enhver falsk antagelse eller forventning, hvorfra testator er gaaet ud, tillægges betydning. Ogsaa her maa det kræves, at det falske motiv har været bestemmelsesgrund[5].

[1] Jfr. § 15, hvor det almindelige synspunkt er angivet.

[2] Det hører egentlig ikke til nærværende emne, men det skal dog nævnes: Alle er enige om, at testator kan bruge sin egen individuelle sprogbrug. Skoleeksempel er her: Han testamenterer til en drikkebroder sit vinforraad under navnet: «sit bibliothek,» idet han pleier at kalde det saa.

[3] Jfr. 30 I. 2—20.

[4] Et koncept til testament er f. eks. indleveret til notarius publicus til afskrift, og der indløber en skrivfeil. Hvad der staar i konceptet maa da gjelde som testamentarisk bestemmelse. Høiesteret, der ikke tager arvelovens formforskrifter saa nøie, vil selvsagt følge denne opfatning.

[5] Jfr. 72—6 D. 35—1: — — — doli exceptio locum habebit, si probetur, *alias legaturus non fuisset.*

Hvad hertil udkræves kan ofte være vanskeligt at afgjøre, men man maa i tvilstilfælde lægge en objektiv maalestok til grund for bedømmelsen. Ellers vilde man komme ud paa vidderne. Fra den romerske ret kan man i denne henseende hente hjælp. Saaledes maa det ogsaa for norsk ret ansees for utvilsomt, at vi i det i 93 (92) D. 28—5 nævnte tilfælde: Et testament er oprettet paa grund af en falsk efterretning om den tidligere indsatte arvings død — maa anse testamentet angribeligt af den først indsatte arving[1]. Det samme vil selvfølgelig gjelde, om nogen har oprettet testament ved en falsk efterretning om sin livsarvings død (jfr. 28 D. 5—2).

Ligeledes maa et testament, der er oprettet paa en tid, da man ingen livsarvinger havde, ansees for tilbagekaldt, naar man faar saadanne[2].

I saadanne tilfælde vil omstødeligheden ikke afhænge af, at man har brugt udtryk som: «Siden jeg ingen livsarvinger efterlader» eller: «Siden den tidligere indsatte arving er død» etc.[3].

Grundens tilføielse er saaledes paa den ene side ikke nødvendig. Paa den anden side er det heller ikke altid tilstrækkeligt til et testaments omstødelse, at en grund, der er tilføiet, viser sig at være falsk. Det kan nemlig godt hænde, at testator har villet træffe forføiningen trods det, at den tilføiede grund ikke skulde holde stik. Det kan saaledes være, at en grund er tilføiet som en passende indledning eller af andre aarsager[4].

IV. At den indsatte arving eller legatar bærer risikoen for rigtigheden af testators motiver, pleier at udtrykkes saa: Medens det ved retshandler inter vivos er nødvendigt, for at et motiv skal blive til forudsætning i teknisk forstand, at det for retshandelsmodtageren er kjendeligt som viljesbegrænsning hos retshandelsgiveren, saa er motivets relevans ved retshandler mortis causa ikke afhængig deraf. Som vi har seet, er denne begrundelse for motivets relevans ved retshandler inter vivos falsk. Da man aldrig har havt denne falske begrundelse ved retshandler mortis causa, saa har den indsatte arvings retshandelsudygtighed heller aldrig voldt theorien nogen vanskelighed[5].

[1] Jfr. Windscheid: Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung s. 140.

[2] Altsaa ikke blot angribeligt, forsaavidt det krænker livsarvingernes pligtdelsret.

[3] Jfr. 93 D. 28—5: Quia heredes, quos volui habere, mihi contingere non potui.

[4] Jfr. herom Dernburg: Pandekten III s. 152—53. Forsaavidt gjelder sætningen: Falsa causa adjecta non nocet.

[5] Dette kan forresten ogsaa tænkes at grunde sig paa, at et testament ikke er nogen «empfangsbedürftig» retshandel.

Med hensyn til terminologien skal bemerkes, at Windscheid kalder ogsaa her det relevante motiv forudsætning. Og det kan man ogsaa gjøre uden skade. Som af det foregaaende vil være bemerket, taler vi om relevant motiv her. Men for resten lægger vi ikke nogen vægt paa dette punkt.

V. Vi har seet de hovedsynspunkter, som kommer til anvendelse ved bedømmelsen af, naar vildfarelsen er relevant. Der spørges da: Hvad er virkningen af den relevante vildfarelse. Er retshandelen en nullitet eller er den kun uforbindende (angribelig). Det sidste maa være det rigtige. Derfor vil ogsaa de dispositioner (afhændelser etc.), som den indsatte arving har truffet over arven i tiden mellem testators død og testamentets omstødelse være forbindende. Afhændede gjenstande kan altsaa ikke vindiceres. Men at angribeligheden forresten gaar in rem, saaledes at arven kan vindiceres fra den paa grund af vildfarelse indsatte arvings konkursbo, behøver neppe at bemerkes.

§ 26. Særskilt om uigjenkaldelige velgjørende retshandler mortis causa.

I. Vi skal først omhandle den uigjenkaldelige (kontraktmæssige) arvingsindsættelse (arvepagten).

Arvepagtens retslige konstruktion er saare omtvistet. Gustav Hartmann har i et skrift: Zur Lehre von den Erbverträgen und gemeinschaftlichen Testamenten[1] opstillet følgende theori: Den kontraktsmæssige arvingsindsættelse er et indbegreb af to forskjellige retshandler — 1) en arvingsindsættelse og 2) et kontraktmæssigt afkald paa testationsretten —, som bliver forbundne med hinanden til et organisk hele paa den maade, at arvingsindsættelsens gyldighed er forudsætning[2] for det kontraktmæssige afkalds gyldighed. Vi skulde være tilbøielig til at tro, at denne formulering er et rigtigt udslag af de regler, der bliver at anvende paa arvepagten. Det synes nemlig, for at nævne et enkelt tilfælde, utvilsomt, at den kontraktmæssige arving ikke mindre end en anden arving gaar ind under arvelovens § 69[3]. Men dette faar et korrekt udtryk

[1] Se side 10 flg.

[2] Hartmann: betingelse for — — —

[3] Har han f. eks. ikke, saaledes som paabudt i straffel. kap. 14—8, kommet arveladeren tilhjælp i livsfare, og denne derved omkommer, har han forspilt sin arveret.

i Hartmanns formulering. Heraf følger, at det er i egenskab af arving, at den berettigede ifølge arvepagten har krav paa, at testator ikke benytter den sig ellers tilkommende testationsret. Populært kan vi derfor udtrykke sagen saa, at retshandelsgiveren, naar han opretter en arvepagt, siger til arvingen: «Jeg indsætter dig herved til min arving, og forsaavidt du har interesse deri, giver jeg afkald paa min testationsfrihed».

I det fremholdte ligger, at retshandelsgiveren selv kan ignorere en arvepagt under de samme omstændigheder som intestatarvingerne kan angribe et tilbagekaldeligt testament.

Eksempel: A indsætter B til kontraktsmæssig arving ved den falske efterretning om sin søns død. Naar han faar vide, at sønnen lever, kan han ignorere arvepagten, ogsaa forsaavidt den ikke krænker pligtdelen. Han kan da indsætte en anden som arving til $^1/_4$ af boet.

Forsaavidt grunde ikke foreligger, der gjør den kontraktmæssige arvingsindsættelse angribelig qua arvingsindsættelse, vil afkaldet paa testationsretten med hensyn til angribelighed formedelst vildfarelse følge de almindelige regler for andre obligatoriske retshandler inter vivos.

Om saaledes den kontraktmæssige arving viser sig utaknemmelig, kan arvepagten ikke angribes paa grund deraf.

II. Kontraktmæssige legatoprettelser følger med hensyn til vildfarelsens indflydelse paa deres gyldighed samme regler som arvepagter [1].

Derimod turde gaver, der gives og fuldbyrdes paa dødsleiet (ɔ: med døden for øie) trænge til en særskilt udredning. For disse opstaar nemlig det specielle spørgsmaal: Hvorledes gaar det, om giveren mod formodning skulde overleve den for øie havte dødsfare? Kan han da kræve gaven tilbage? Der kunde siges meget baade for et benægtende og bekræftende svar.

I første retning: Giveren maa, naar han skjænker bort sine eiendele før sin død, antages at ville staa den risiko at undvære tingen, om han kommer til at overleve faren. Thi vilde han ikke staa den risiko, saa maatte han have indskrænket sig til at oprette et legat, enten tilbagekaldeligt eller uigjenkaldeligt.

I sidste retning: Det maa være klart for gavemodtageren, at han maa give tingen tilbage, om giveren overlever faren. Han maa følgelig indrette sig med dette for øie.

[1] Ordet arvepagt benyttes her om den kontraktmæssige arvingsindsættelse (arving = heres). Men det kunde selvfølgelig ogsaa tages i saa vid betydning, at det vilde omfatte ogsaa kontraktmæssige legatoprettelser.

Med fare for at blive beskyldt for «billighedsmageri» skulde vi være tilbøielig til at lade det komme an paa omstændighederne. Gjelder det en ting, som giveren vilde have ulige værre for at undvære end gavemodtageren, synes han at burde kunne tilstedes adgang at kræve den tilbage. Ellers ikke. Dette vil vi dog ikke opstille som nogen sikker sætning.

Spørgsmaalet har imidlertid ikke den interesse, at vi skal opholde os længer derved.

§ 27. Særskilt om uigjenkaldelige bebyrdende retshandler mortis causa.

Den slags retshandler forekommer i det praktiske liv maaske ikke hyppigere end hvide ravne i fugleverdenen, og vi skal heller ikke beskjæftige os stort med dem.

Vi tænker os, at en kjøbmand f. eks. i Stavanger har en eneste søn, som er reist til Sydafrika og ikke har ladet høre fra sig paa aldrig saa længe. Han formodes derfor død. A vil nu, at intestatarvingerne i sidelinjen skal have den hele arv, dog vil han, at hans gode ven og klubkammerat B efter hans død skal have hans i familjen gjennem flere slægtled nedarvede villa, men mod fuldt vederlag til boet. B, der intet heller ønsker end at komme i besiddelse af denne vakre eiendom, gaar ind herpaa, og der oprettes med iagttagelse af testamentsformer en kontrakt herom, hvorefter vederlaget skal fastsættes efter A's død ved skjøn af uvillige mænd.

En vakker dag kommer sønnen hjem, og vil aldeles ikke for nogen pris, at villaen skal gaa ud af familjen, og A ønsker ogsaa nu, siden sønnen er kommen hjem, at omstøde dispositionen. B vil derimod ikke give afkald paa sin ret.

Kan A eller efter hans død sønnen angribe retshandelen?

Her kan som i § 26 II siges meget saavel for som mod. Paa den ene side: Naar B har paataget sig den forpligtelse at kjøbe villaen af boet, maa holde penge rede dertil, kanske i mellemtiden havt anledning til at kjøbe en anden ligesaa vakker eiendom, om han ikke havde bundet sig, kort, naar h a n er bundet med en inter-vivos-retshandels sterke baand, saa kunde det synes, at m o d p a r t e n ogsaa maatte være det. Ellers vilde der ikke være den rette lighed mellem parterne. Trods dette, turde den modsatte afgjørelse være den rigtige. Retshandelsmodtageren (B) vil selvfølgelig ikke gaa ind

paa et saadant arrangement, uden hvor det gjelder en gjenstand, hvis værd paa grund af dens individuelle beskaffenhed er betydelig større for ham end for andre. Derfor er det vistnok det rigtigste at paalægge ham risikoen for rigtigheden af retshandelsgiverens motiver, altsaa behandle denne retshandel med hensyn til vildfarelsens indflydelse som de andre retshandler mortis causa.

VI.

Vildfarelsens indflydelse paa gyldigheden af familjeretshandler.

§ 28. Almindelige bemerkninger.

De familjeretshandler, som her kommer i betragtning, er de rene familjeretshandler. Derimod ikke retshandler, der ordner ægtefellers formuesforhold, da disse er formueretshandler og bedømmes med hensyn til vort emne som disse. Hermed skal dog ikke være sagt, at den omstændighed, at formueretshandelen er indgaaet mellem ægtefeller ikke i nogen henseende vil faa indflydelse paa, hvad der skal gjælde som en relevant forudsætning. Loven om ægtefellers formuesforhold af 29. Juni 1888 kan efter omstændighederne indskrænke den relevante forudsætnings omraade, men dette vil ved nærmere granskning ikke vise sig som undtagelse fra, men som anvendelse af den for andre formueretshandler fremstillede lære. Dette kan ikke her forfølges i det vide og brede. Kun denne bemerkning. Naar hustruen ved ægtepagt overdrager til manden bestyrelsen af den del af fellesboet, der efter loven staar under hendes forføiningsmyndighed (selverhvervet gods, se lovens § 31), saa er indholdet af den herved for manden opstaaede raadighed og udstrækningen af hans ansvar kongruent med, hvad der ifølge nævnte lov gjelder for hans bestyrelse af fellesboet forøvrigt. Hustruen kan derfor ikke angribe mandens saaledes erhvervede bestyrelsesret under paaberaabelse af, at forundsætningen for denne har været, at hans myndighed var indskrænket og hans ansvar udstrakt til, hvad der vilde have gjeldt, om hun havde indsat nogen anden til at bestyre dette gods; thi en saadan forudsætning vilde fremstille sig som en anomali

ligeoverfor lovens regler for mandens bestyrelse af fellesboet og kan derfor ikke antages uden at være udtrykkelig sagt[1].

At retshandler mellem ægtefeller angaaende særeiegjenstande, forsaavidt vedkommende retshandel i citerede lov ikke specielt af andre grunde er frakjendt gyldighed, med hensyn til angribelighed paa grund af vildfarelse, følger reglerne for de andre formueretshandler inter vivos, behøver neppe at bemerkes. Saaledes kjøb og salg, leie etc.

I dette afsnit skulde i henhold til det anførte omhandles vildfarelse ved ægteskabs indgaaelse, adoption og kuldlysning. Imidlertid har de to sidste retshandler saa liden interesse efter vor ret, at de ganske skal forbigaaes.

§ 29. Vildfarelsens indflydelse paa et ægteskabs gyldighed[2].

I. Her handles kun om vildfarelse, hvori nogen af brudefolkene svæver, ikke om vildfarelse paa notarius publicus's side; thi notarialakten som saadan er ingen retshandel[3], hvorfor vildfarelse, der knytter sig til den, ligger udenfor vort emne.

II. Ægteskabets retsvirkninger er af lovgivningen bestemte, hvorfor vildfarelse med hensyn til disse[4] er irrelevant[5]. Rum for relevant vildfarelse bliver der kun i 2 retninger, nemlig:

1) om, at den handling man foretager, er ægteskabsindgaaelse og
2) om den persons identitet eller egenskaber, hvormed ægteskabet indgaaes.

Dersom nu den anden parts svig havde den samme virkning som ellers i retshandelsforhold, saa vilde der endnu sjeldnere blive tale om relevant vildfarelse. Thi vildfarelse vil vel ikke ofte foreligge i de to nævnte retninger uden den anden parts svig. Svigen har imidlertid ikke i og for sig den virkning at gjøre ægteskabet uforbindende.

[1] Jfr. hermed § 9 XI, 4 (s. 47).

[2] Jfr. hermed P. J. Collett: Familjeret s. 201—3, Ørsted: Haandbog II s. 199 flg. og Pfersche: Die Irrthumslehre des österreichischen Privatrechts s. 58—73 (særlig side 58—60).

[3] Jfr. s. 5.

[4] F. eks. om nogen har ladet sig vie borgerlig i den tro, at ægteskabet da gjaldt paa aaremaal.

[5] Jfr. §§ 5 og 6.

Forøvrigt bemerkes:

Ad 1. Skulde den ene af parterne eller begge to være uvidende om, at den handling, de foretager, er ægteskabsindgaaelse (man havde f. eks. indbildt dem, at det kun var en leg), saa er retshandelen uforbindende[1]. Dog maa indsigelse gjøres straks, feiltagelsen opdages. Slaar han eller hun eller begge sig til ro og begynder et ægteskabeligt samliv, er det ingen grund til at nægte, at ægteskab foreligger.

Ad 2. Vildfarelse med hensyn til den anden parts egenskaber (alder, stand, herkomst, sindelag, tidligere vandel etc.) er regelmæssig irrelevant. Et par undtagelser nævner lovbogen, nemlig 3—18—15—3 og 3—18—16—4. Herom henvises til Collett l. c.

Paa grundlag af disse bestemmelser kan man ikke danne nogen generel regel som den tyske civillovs § 1333: Eine Ehe kann von dem Ehegatten angefochten werden, der sich über solche persönliche Eigenschaften des anderen Ehegatten geirrt hat, die ihn bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe von der Eingehung der Ehe abgehalten haben würden.

Vildfarelse med hensyn til den anden parts identitet gjør derimod ægteskabet uforbindende[2]. Her maa man passe paa, hvad der menes med identitet. Om man feilagtig tror, at A, som man har giftet sig med, er søn af bankier N, eller er den elskværdige løitnant, man traf paa sidste hofbal, saa er det kun en vildfarelse med hensyn til en retslig irrelevant egenskab. Spørgsmaalet løses meget enkelt ved et moment, som Pfersche har fortjenesten af at have fremdraget[3]. Enhver, som indgaar ægteskab, maa være forlovet ialfald et minimum af tid. Bliver man nu paa grund af vildfarelse viet med en anden person end den, som forlovelsen betegner, foreligger en relevant identitetsvildfarelse, ellers ikke.

Forlovelsen er vistnok en retslig uforbindende akt, men i denne henseende er den det afgjørende. Den er her at sammenligne med kausalretshandelen, jaordet for notarius publicus med overdragelsesretshandelen.

Disse 2 akter maa altsaa med hensyn til personernes identitet

[1] Jfr. s. 20 ovenfor og den tyske civillovs § 1332.

[2] Jfr. Collett s. 203.

[3] Se det anførte verk s. 60.

dække hinanden[1]. Hemmelig forlovelse er i denne henseende ligesaa god som offentlig forlovelse.

[1] Et eksempel paa saadan vilfarelse hidsættes frit efter Pfersche: Pigen A er forlovet med gutten B, der reiser til Amerika, men lover at komme igjen om nogle aar, naar han har tjent sig endel penge. A venter med længsel og smerte taalmodig i 8 lange aar, endelig kommer der en person, der falskelig giver sig ud for B og præsenterer sig som saadan for A, og de gifter sig.

Her kan altsaa A faa ægteskabet opløst, naar hun opdager feiltagelsen. Derimod vilde hun ikke have havt saadan ret, om hun kun i al hemmelighed havde elsket B uden at være forlovet med ham.



KAPITEL III.

Vildfarelsens indflydelse paa retshandlers gyldighed i affirmativ retning (vildfarelsens affirmative funktion).

§ 30. Almindelige bemerkninger.

I. Her skal ifølge § 3 behandles det spørgsmaal, hvorvidt en retshandel paa grund af vildfarelse nogensinde opnaar en gyldighed, som ikke vilde tilkomme den, om vildfarelsen havde været borte[1]. Dette bliver et spørgsmaal om den gode tros evne til at begrunde en retshandels gyldighed. Det vil regelmæssig være den gode tro paa retshandels modtagerens side, der har denne virkning, medens det er irrelevant, om retshandelsgiveren er i god eller ond tro. Dog gives der retshandler, hvor god tro eller uvidenhed om en vis kjendsgjerning maa være tilstede paa begge sider, for at vedkommende retshandel skal have sin regelmæssige virkning. Saaledes ved assurance og andre hazard-retshandler. Det er ingenting iveien for, at en gjenstand for et forløbet tidsrum assureres, at et lotterinummer sælges, efter at trækning har foregaaet, men forudsætningen for retshandelens gyldighed er, at begge parter er uvidende, i første tilfælde om gjenstandens skjæbne, i andet tilfælde om i at trækning har foregaaet, eller om trækningens udfald.

II. Vildfarelse — den gode tro — begrunder i de herhenhørende tilfælde erhvervelse, tjener ikke blot til at afvende tab. Det vil derfor

[1] Paa vildfarelsens affirmative funktion passer følgende linjer af Schillers digt Kassandra: «Nur der Irrthum ist das Leben, und das Wissen ist der Tod.» (Ogsaa citeret hos Zitelmann: Irrtum und Rechtsgeschäft s. 347).

regelmæssig kun være den undskyldelige gode tro, der her kommer i betragtning; thi skulde noget andet antages, vilde den uopmerksomme være i en fordelagtigere stilling end den opmerksomme, og det vilde være ganske grundløst. Dog kan der gives tilfælde, hvor dens fremgangsmaade, paa hvis bekostning godtroenhedserhvervelsen i tilfælde vil ske, er af den beskaffenhed, at det vilde være lidet rimeligt at beskytte ham fremfor den uopmerksomme retshandelsmodtager. Naar saaledes nogen pro forma overdrager sin eiendom til en udenbygdsboende person for at slippe med mindre skat, han synes for det tilfælde, at proformaerhververen misbruger sin stilling og afhænder eiendommen, ikke at have krav paa, at medmenneskene anvender særdeles omhu for at forhindre tab for ham. Risikoen for uopmerksomhed kan med andre ord i saadanne tilfælde ikke veltes over paa den, der kontraherer med proformaerhververen.

Ligeledes har lovgivningen i visse herhenhørende tilfælde, hvor den har fundet beskyttelse for omsætningen særlig paakrævet, bestemt, at kun vildfarelse (god tro), der grunder sig paa grov uagtsomhed skal udelukkes fra at virke. Se sjølovens §§ 165, 166 og 168 samt veksellovens § 76[1].

Det behøves neppe at bemerkes, at ved hazardretshandler, hvor der kræves uvidenhed om nogen hazarden udelukkende kjendsgjerning, vil enhver, ogsaa den uagtsomme mangel paa kundskab om en saadan kjendsgjerning være tilstrækkelig til retshandelens gyldighed; thi hazarden udelukkes jo kun ved kundskab.

III. Den gode tro kan kun begrunde en retserhvervelse, hvor den tjener en sedelig beskyttelsesværdig interesse. Saaledes, naar man kjøber en ting af en, der ifølge et simuleret retshandelsforhold staar som legitimeret ligeoverfor tredjemand. Derimod beskyttes ikke A, om han i god tro gifter sig med B af hensyn til, at denne har faaet overdraget — men som det senere viser sig kun pro forma — en hel formue af C, og det selv ikke, om C har været med paa dette for at bevæge A til indgaaelse af ægteskabet.

IV. Den gode tro maa videre referere sig til en retshandel, der efter lovgivningen giver en ret. Saaledes beskyttes ikke den, der er indsat til arving ifølge et for syns skyld oprettet testament. Derimod har den, til hvem en ikke alvorlig ment viljeserklæring inter vivos er afgivet, krav paa beskyttelse, naar han ikke skjønte eller burde skjønne mangelen paa alvor. Var viljeserklæringen afgivet

[1] Disse bestemmelser synes analogisk at burde anvendes paa andre ordrepapirer og paa ihændehavergjeldsbreve.

for at paaføre modtageren skade, er selv en kulpøs god tro tilstrækkelig til begrundelse af krav paa opfyldelsesinteressen. Er den derimod afgivet i spøg eller af andre, ikke daddelværdige grunde, har modtageren ikke ret til at kræve opfyldelsesinteressen, naar han burde have skjønnet mangelen paa alvor. Men ogsaa i dette tilfælde maa læres, at retshandelsgiveren faar afgive erklæringen paa egen, ikke paa et medmenneskes bekostning, det vil sige: Han maa erstatte den negative kontraktsinteresse.

IV. Det kan spørges, om denne side af vildfarelseslæren egentlig hører til opgaven. Man kunde maaske paastaa, at naar der skal skrives om vildfarelsens indflydelse paa retshandlers gyldighed, saa tænkes kun paa læren om dens negative funktion. Skulde dette have været meningen, maatte opgaven imidlertid have lydt: Hvorvidt gjør vildfarelse ved indgaaelse af en retshandel denne ugyldig eller lignende. Det maa derfor være givet, at behandlingen af denne side af vildfarelsens funktion ogsaa hører hid.

Det er ikke almindelig regel i vor ret, at den gode tro (i det følgende haves retshandelsmodtagerens gode tro for øie) indvirker paa en retshandels gyldighed i bekræftende retning. I regelen maa den gode tro siges at være irrelevant. Den, der kontraherer med en umyndig, en sindssyg[1] etc., erhverver saaledes ingen ret, trods sin gode tro. Skal noget andet gjelde, maa vi have en eller anden hjemmel derfor. Imidlertid er de tilfælde, hvor den gode tro — mer eller mindre sikkert — har denne virkning, saa mange og mangeartede, at det vilde være uoverkommeligt at gjøre dem alle til gjenstand for behandling i dette skrift. Og en mer eller mindre fuldstændig skematisk opregning af herhenhørende tilfælde vilde ikke have nogen synderlig interesse.

Vi er saaledes nødt til at se os om efter en begrænsning, og da synes det nærmest kun at omhandle spørgsmaal, der kan belyse det under læren om vildfarelsens negative funktion udviklede. Men ogsaa her skal vi indskrænke os til det høist nødvendige og f. eks. ikke medtage det spørgsmaal, hvad der kræves til beskyttelse for den, der har indgaaet en retshandel med nogen, der ifølge en simuleret retshandel eller en fiduciaretshandel staar som legitimeret[2]

[1] At Jul. Lassen for dansk ret (se hans haandbog s. 56) hævder en anden opfatning for sindssyges vedkommende, maa betragtes som en speciel doktrinær udformning af tillidstheorien, der ingen grund har, man mene, hvad man vil, om den theori forresten.

[2] Naar danske forfattere (se f. eks. Jul. Lassen i tidssk. for retsv. I s. 327) her absolut kræver en skriftlig legitimation, synes dette krav at være for strengt. Vi tænker os: A overdrager ved en mundtlig retshandel en del løsøregjen-

ligeoverfor tredjemand, skjønt dette spørgsmaal kunde have en vis interesse til belysning af det i § 16 IV jfr. VII fremholdte.

Vi skal indskrænke os til at tage stilling til det spørgsmaal, om svig og bristende forudsætninger kan gjøres gjeldende mod godtroende tredjemand (§§ 32 og 33). Herved vil rækkevidden af den i §§ 21 og 22 fremholdte lære belyses. Men for at dette spørgsmaal kan sees i sit rette lys, maa vi se paa, om den mod retshandelsgiveren udøvede tvang kan gjøres gjeldende mod godtroende tredjemand (§ 31).

§ 31. Kan den mod retshandelsgiveren udøvede tvang gjøres gjeldende mod retshandelsmodtagerens godtroende singularsukcessor inter vivos?

I. Tvang[1] kan referere sig enten til
1) kausalretshandelen eller
2) til den tinglige overdragelsesretshandel eller
3) til begge[2].

Refererer tvangen sig kun til kausalretshandelen, medens den tinglige overdragelsesretshandel frivillig fuldbyrdes, saa foreligger ratihabition. Tvangen altsaa uden betydning. Ligeledes maa den være det, om den er anvendt kun for at bevirke en i og for sig materielt begrundet eiendomsoverdragelse (tilfælde 2). Noget possessorisk søgsmaal, der her skulde gribe ind, har vi ikke. Først i tilfælde 3 foreligger den tvang, der, forsaavidt nærværende emne angaar, omhandles i n. l. 5—1—4.

At saadan tvang, saasandt den foraarsager en frygt af tilstrækkelig[3] styrke, gjør overdragelsen ugyldig ligeoverfor retshandelsmodtageren selv og dennes kreditorer, og det selv om vedersigelse til tinge er forsømt, er siden Ørsted en anerkjendt lære[4]. At nemlig forsømmelse af vedersigelse til tinge i denne henseende kun har

stande pro forma til B. C og D er tilkaldte som vidner paa overdragelsen og er i god tro. Hvorfor skal de saa ikke være beskyttet, naar de kjøber gjenstandene af B?

Her skal kun behandles tvang, der er anvendt i det øiemed at bevirke overdragelse af en tinglig rettighed.

[2] Saaledes i det væsentlige ogsaa Pfersche s. 306.

[3] Det kunde være spørgsmaal om, ikke at tage det saa nøie med frygtens styrke, naar det kun gjelder at gjøre tvangen gjeldende mod medkontrahenten selv og dennes kreditorer. Jfr. Dernburg: Pandekten I § 103 n. 12.

[4] Se Hallager—Aubert: Obligationsrettens almindelige del s. 94—95, Ørsted: Haandbog V s. 81—83.

den processuelle virkning, at beviset for tvangen nu bliver vanskeligere, er af Ørsted blevet paavist.

Et andet spørgsmaal er det, om vedersigelsen savner enhver materiel virkning. Foretages den betimelig, kan tvangsindsigelsen[1] gjøres gjeldende selv mod godtroende tredjemand. Eiendomsoverdragelse er altsaa i saafald ogsaa ligeoverfor ham ugyldig. Et særskilt spørgsmaal er det — og det er dette spørgsmaal, der interesserer os i denne sammenhæng —, om tvangsindsigelsen kan gjøres gjeldende ogsaa mod godtroende tredjemand, selv om vedersigelse er forsømt.

Med lovbogens affatning ɔ: at give en bevisregel, hvor moderne love vilde give en materiel regel — synes det ikke at staa i disharmoni at antage, at betimelig vedersigelse er betingelse for at gjøre tvangen gjeldende mod godtroende tredjemand (ɔ: retshandelsmodtagerens godtroende singularsukcessor inter vivos)[2]. Herimod kan ikke indvendes, at den fremtvungne overdragelsesretshandel, naar tvangen er udgaaet fra tredjemand, er, ogsaa uden vedersigelse, ugyldig ligeoverfor godtroende medkontrahent. Heraf kan intet sluttes; thi tilfældene er ikke analoge. Man kan jo ikke foretage vedersigelsen, før tvangen er udøvet. Heri ligger, at det er den tvungnes forsømmelse, som er aarsag i, at overdragelsesretshandelen er forbindende for ham ligeoverfor godtroende tredjemand. Det stemmer ogsaa bedst med sunde retsprinciper, at den tvungne straks gjør allarm for at afvende tab for andre. Er der i denne henseende noget at lægge ham til last, er han selv nærmere at bære skaden end den godtroende tredjemand[3]. Paa denne tanke maa lovbogens regel siges bygget.

§ 32. Kan den mod retshandelsgiveren af retshandelsmodtageren begaaede svig gjøres gjeldende mod retshandelsmodtagerens godtroende singularsukcessor inter vivos?

Dette er et omstridt spørgsmaal, forsaavidt angaar overdragelse af eiendomsret og andre tinglige rettigheder. Ifølge den lære, som vi har antaget i § 21 er dette spørgsmaal meget aktuelt, og den der antagne læres praktiske brugbarhed turde afhænge af, at svigen

[1] Her benyttes for bekvemheds skyld dette ord, uagtet det ikke strengt taget passer for nærværende emne.

[2] Dette kan man saa meget lettere antage, som man før Ørsted lærte, at vedersigelse endog var betingelse for at gjøre tvangen gjeldende mod tvingeren selv.

[3] Det her antagne stemmer med den herskende lære. Se Hallager—Aubert: Obl. alm. del s. 95 (jfr. s. 195). Jfr. i anden retning Torp: Dansk tingsret s. 241

ikke kan gjøres gjeldende mod godtroende tredjemand. Vi skal her give afkald paa at gjennemgaa de forskjellige forfatteres standpunkt til dette spørgsmaal. Delvis vil dette fremgaa af § 21[1].

Vi tager vort udgangspunkt i forrige §. Vi saa der, at tvangen, naar vedersigelse til tinge var forsømt, ikke virkede mod godtroende tredjemand. Lovgrunden fandt vi at være forsømmelse fra den tvungnes side. Lovbogen havde, da den stod overfor det valg: enten at lade tabet gaa udover godtroende tredjemand eller den forsømmelige tvungne—foretrukket det sidste. Den forsømmelige tvungne var nærmere at bære skaden.

Naar dette er saa, synes den samme lovbog, om den havde udtalt sig om svigens virkning ligeoverfor godtroende tredjemand, at maatte have afgjort spørgsmaalet paa samme maade: Den besvegne maa nemlig ansees for at være nærmere til at bære tabet end den godtroende tredjemand[2]. Og i mange om ikke i alle tilfælde, vil det bero paa en forsømmelse i en eller anden retning, at man er bleven besvegen.

Denne slutning fra 5—1—4 er vistnok ikke ganske bindende, thi man kan jo sige: «Den tvungne kjender altid tvangen, den besvegne kjender derimod ikke svigen». Dette er ogsaa sandt. Men alligevel maa fastholdes, at den tanke, hvorpaa 5—1—4 hviler, synes, — naar rettens egne principer forøvrigt kræver det, for at vi kan komme frem til praktisk brugbare resultater, — at maatte medføre, at vi har ret til at antage, at svig ikke efter norsk ret kan gjøres gjeldende mod den svigagtige retshandelsmodtagers singularsukcessor inter vivos[3].

§ 33. Bristende forudsætningers[4] virkning ligeoverfor godtroende singularsukcessor inter vivos.

I. Det er før bemerket, at bristende forudsætninger i den obligatoriske retshandel (kausalretshandelen) ingen indflydelse har paa gyldigheden af den paafulgte overdragelse af eiendomsret. Eien-

[1] Danske forfattere, der anser overdragelsesretshandelen objektivt kausal, lader i almindelighed en ekstinktiv erhvervelse til bedste for godtroende tredjemand indtræde. Dog ikke Torp i sin tingsret.

[2] Saaledes ogsaa Aubert i obligationsrettens almindelige del s. 196.

[3] Som det vil fremgaa af § 21 har vi her ikke overdragelse af obligatoriske rettigheder, der ikke er støttede til gjeldsbreve, eller af autorrettigheder for øie.

[4] Her handles saavel om forudsætninger, der knytter sig til den obligatoriske retshandel som til overdragelsesretshandelen.

domsretten er erhvervet og kan kun angribes ad obligatorisk vei og med obligatorisk virkning. Heraf følger, at videre overdragelse bevirker overførelse af den tinglige ret, og det selv om den er skeet paa et tidspunkt, da retshandelsmodtageren kjendte til, at forudsætningen var brusten. Dersom retshandelsmodtagerens sukcessor kjender til eller burde have kjendt til, at en til kausalretshandelen knyttet forudsætning er brusten, vil han maatte taale de samme angrebsmidler anvendt mod sig, som hjemmelsmanden maatte have taalt Erhvervelsen kan altsaa angribes med obligatorisk virkning, men ogsaa kun med saadan virkning[1].

Var derimod retshandelsmodtagerens sukcessor godtroende, ekstingveres dette obligatoriske angreb ligeoverfor ham.

II. Er forudsætningen knyttet til selve den tinglige retshandel eller lider den overhovedet af en feil, i kraft af hvilken den kan angribes, da kan denne mangel gjøres gjeldende mod retshandelsmodtagerens sukcessor, dersom han kjendte til den. Mod ham og hans kreditorer gaar søgsmaalet med tinglig virkning. Er derimod retshandelsmodtagerens sukcessor i god tro, synes det at være det rigtigste at antage, at der til fordel for ham indtræder en ekstinktiv erhvervelse. Dette synes a fortiori at følge af, hvad der ovenfor er antaget for det tilfælde, at den tinglige retshandel kan angribes med tinglig virkning paa grund af retshandelsmodtagerens svig. I dette tilfælde lærte vi jo, at svigen ikke kan gjøres gjeldende mod godtroende tredjemand.

[1] Jfr. hermed hvad der i § 21 er antaget angaaende kjøber nr. 2's stilling, der har kjendt en tidligere kjøbekontrakt om den samme individuelle ting.

